

Die rechtliche Erfassung der ausländischen Grenzgänger

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
RALPH SCHEIDEGGER
von Zürich und Lützelflüh BE

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Daniel Thürer

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

1907



Die rechtliche Erfassung der ausländischen Grenzgänger

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
RALPH SCHEIDEGGER
von Zürich und Lützelflüh BE

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Daniel Thürer

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 3. Juni 1987

Der Dekan:
Prof. Dr. Claudio Soliva

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 69 der Reihe
Zürcher Studien zum öffentlichen Recht
Herausgegeben von Mitgliedern der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

Meiner Familie

An dieser Stelle sei meinem hochgeschätzten Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Daniel Thüerer, LL.M., für die vorbildliche Betreuung herzlichst gedankt. Mein Dank gilt im besonderen auch meiner Familie, die mich stets unterstützte. Last but not least gebührt mein Dank auch Frau Y. Kovacs und Frau M. Ziörjen, die mir bei der Durchsicht des Manuskripts behilflich waren.

INHALTSUEBERSICHT

1. Die Begriffsbestimmung des Grenzgängers	1
2. Rechtsquellen zum Grenzgängerstatus	15
3. Die Zulassung von Grenzgängern	89
4. Die Anwesenheitsregelung eines zugelassenen Grenzgängers	139
5. Der Verlust der Grenzgängerbewilligung	163
6. Der Rechtsschutz des Grenzgängers	183
7. Ueberblick über die Besteuerung der Erwerbseinkommen der in der Schweiz zugelassenen Grenzgänger	199
8. Ueberblick über das Sozialversicherungswesen und die Familienzulagen der Grenzgänger	215
9. Anhang	251



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSVERZEICHNIS

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS	XV
LITERATURVERZEICHNIS	XIX
VORWORT	XXXIII
 1. DIE BEGRIFFSBESTIMMUNG DES GRENZGAENGERS	 1
1.1. Die Problematik der Begriffsbestimmung	1
1.2. Definition des Grenzgängers in tatsächlicher Hinsicht	2
1.2.1. Die natürliche Person	2
1.2.2. Erwerbstätigkeit als einziges Motiv des Aufenthaltes	3
1.2.3. Die regelmässige Anwesenheit in zwei Staaten	4
1.2.4. Zusammenfassende Begriffsbestimmung des Grenzgängers in faktischem Sinn	5
1.3. Definition des Grenzgängers in rechtlicher Hinsicht	6
1.3.1. Rechtfertigung einer rechtlichen Sonderbehandlung der Grenzgänger	6
1.3.2. Die rechtliche Erfassung der Grenzgänger	9
1.3.2.1. Zusätzliche örtliche Begriffselemente	10
1.3.2.2. Zusätzliche zeitliche Begriffselemente	11
1.3.2.3. Zusätzliche persönliche Begriffselemente	12
1.3.3. Zusammenfassende Bemerkungen zum Rechtsbegriff des Grenzgängers	12
 2. RECHTSQUELLEN ZUM GRENZGAENGERSTATUS	 15
2.1. Regelung in der Bundesverfassung	15
2.1.1. Verankerung des Ausländerrechtes in der Bundesverfassung	15
2.1.2. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes	17
2.1.3. Die Vollzugskompetenz der Kantone	20
2.2. Rechtsetzung der Legislative und der Exekutive zum Grenzgängerstatus	23
2.2.1. Die rechtliche Erfassung des Grenzgängers durch den Bundesgesetzgeber	23
2.2.2. Die rechtliche Erfassung der Grenzgänger durch den Bundesrat	27
2.2.2.1. Die allgemeine Rechtsetzungskompetenz des Bundesrates	27
2.2.2.2. Die Rechtsetzungstätigkeit des Bundesrates im allgemeinen Fremdenrecht	34
2.2.2.3. Die Regelung des Grenzgängerstatus durch den Bundesrat	37
2.3. Rechtsetzende Akte unterer Verwaltungsbehörden des Bundes	40
2.3.1. Zulässigkeit der Rechtsetzung durch dem Bundesrat untergeordnete Behörden	40
2.3.1.1. Verfassungsrechtliche Betrachtungsweise	40
2.3.1.2. Zulässigkeit aufgrund gesetzlicher Bestimmungen	43

2.3.1.3. Zusammenfassung	46
2.3.1.4. Bedeutung untergeordneter Erlasse im Fremdenrecht	47
2.3.2. Verwaltungsverordnungen des Bundes mit Aussenwirkung	48
2.3.2.1. Begriff der Verwaltungsverordnung mit Aussenwirkung	48
2.3.2.2. Die Bedeutung im Fremdenrecht	49
2.3.2.3. Die Rechtsgrundlage der Verwaltungsverordnung mit Aussenwirkung	50
2.3.2.4. Die Rechtswirkungen der Verwaltungsverordnungen mit Aussenwirkung im Fremdenrecht	54
2.3.2.4.1. Bindung innerhalb der Verwaltung	54
2.3.2.4.2. Bindung gegenüber kantonalen Behörden	55
2.3.2.4.3. Die Verwaltungsverordnung mit Aussenwirkung im Verhältnis zum Bürger	59
2.4. Staatsvertragliche Bestimmungen	60
2.4.1. Die Kompetenz von Bund und Kanton zum Abschluss von Staatsverträgen	60
2.4.1.1. Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen	61
2.4.1.2. Kompetenzabgrenzung zwischen Bundesversammlung und Bundesrat	66
2.4.2. Die Bedeutung der Staatsverträge im Grenzgängerrecht	70
2.4.3. Ueberblick über die staatsvertraglichen Regelungen zum allgemeinen Status der Grenzgänger	73
2.4.3.1. Allgemeine Bemerkungen	73
2.4.3.2. Die Beziehung Schweiz - Bundesrepublik Deutschland	73
2.4.3.3. Die Beziehung Schweiz - Frankreich	74
2.4.3.4. Die Beziehung Schweiz - Fürstentum Liechtenstein	75
2.4.3.5. Die Beziehung Schweiz - Italien	76
2.4.3.6. Die Beziehung Schweiz - Oesterreich	80
2.4.3.7. Multilaterale Vertragsbestimmungen	81
2.4.3.7.1. Art. 16 Abs. 1 des EFTA-Uebereinkommens	82
2.4.3.7.2. Der Ratsbeschluss der OECD 1953/1957	83
2.4.3.7.3. Das europäische Uebereinkommen über die Regelung des Personenverkehrs	85
2.4.3.7.4. Das Uebereinkommen (Nr. 111) über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf	85
2.4.3.7.5. Die Europäische Menschenrechtskonvention	86
2.5 Die kantonalen Ausführungsbestimmungen	87
3. DIE ZULASSUNG VON GRENZGAENGERN	89
3.1. Die Bewilligungspflicht	89
3.2. Anforderungen zur Anerkennung des Grenzgängerstatus	90
3.2.1. Geographische Anforderungen an den Wohn- und Arbeitsort	90
3.2.1.1. Arbeitsort innerhalb der Grenzzone	90

3.2.1.2.	Wohnsitz in der benachbarten Grenzzone	91
3.2.1.3.	Die Festlegung der Grenzzone im allgemeinen	93
3.2.1.4.	Die massgeblichen Grenzzone in den einzelnen Gebieten	96
3.2.1.4.1.	Die Grenzzone an der deutschen Grenze	96
3.2.1.4.2.	Die Grenzzone an der französischen Grenze	97
3.2.1.4.3.	Die Grenzzone an der italienischen Grenze	98
3.2.1.4.4.	Die Grenzzone an der österreichischen Grenze	100
3.2.1.5.	Der Sonderfall Liechtenstein	101
3.2.2.	Das Grenzängermotiv, insbesondere die Pendlereigenschaft	102
3.2.3.	Die Staatsangehörigkeit	102
3.3.	Die allgemeinen Voraussetzungen der Zulassung	105
3.3.1.	Die Entscheidungsgrundlagen der Behörden	105
3.3.2.	Die geistigen und wirtschaftlichen Interessen	108
3.3.2.1.	Das Fehlen von Arbeitskräften	110
3.3.2.2.	Die Lohn- und Arbeitsbedingungen	114
3.3.2.3.	Unterkunft und Reisekosten	117
3.3.2.4.	Voraussetzungen in der Person des Arbeitgebers	117
3.3.3.	Verhinderung der Ueberfremdung	118
3.3.3.1.	Wesen und Begriff der Ueberfremdung	118
3.3.3.2.	Die Ueberfremdungs Vorschriften im allgemeinen Fremdenrecht	119
3.3.3.3.	Die Bedeutung für den Grenzgänger	120
3.3.4.	Die fremdenpolizeilichen Abklärungen	121
3.4.	Die zuständigen Behörden	123
3.4.1.	Die massgebenden Organisationsvorschriften	123
3.4.2.	Kompetenzaufteilung zwischen Ausländer- und Arbeitsmarktbehörde	124
3.4.3.	Die für die Erteilung der Grenzgängerbewilligung zuständigen kantonalen Behörden	126
3.5.	Das Verfahren der erstmaligen Grenzgängerbewilligung	127
3.5.1.	Die Einleitung des Verfahrens	127
3.5.1.1.	Der Zeitpunkt der Einleitung	127
3.5.1.2.	Legitimation zur Stellung eines Gesuches	131
3.5.1.3.	Die Eingabe des Gesuches	132
3.5.2.	Die Behandlung der Bewilligungsgesuche	133
3.5.2.1.	Die Informationsquellen im allgemeinen	133
3.5.2.2.	Die Rechte der Gesuchsteller im Zulassungsverfahren	135
3.5.2.3.	Die gehandhabte kantonale Praxis bei der Grenzgängerbewilligung	136
3.5.3.	Der Entscheid	137
4.	DIE ANWESENHEITSREGELUNG EINES ZUGELASSENEN GRENZGAENGERS	139
4.1.	Der örtliche Geltungsbereich der Grenzgängerbewilligung	139
4.1.1.	Grundsatz der Tätigkeit innerhalb der Grenzzone	139
4.1.2.	Aufenthalt ausserhalb der Erwerbstätigkeit	141
4.2.	Der Kantons-, Berufs- und Stellenwechsel	143
4.2.1.	Allgemeine Bemerkungen	143

4.2.2. Der Kantonswechsel	145
4.2.3. Der Berufswechsel	146
4.2.4. Der Stellenwechsel	147
4.2.5. Staatsvertragliche Bestimmungen zum Kantons-, Berufs- und Stellenwechsel	151
4.2.5.1. Allgemeine Bemerkungen	151
4.2.5.2. Die französischen Grenzgänger	151
4.2.5.3. Die italienischen Grenzgänger	152
4.3. Die Verlängerung der Grenzgängerbewilligung	155
4.3.1. Die Regelung nach innerstaatlichem Recht	155
4.3.2. Staatsvertragliche Bestimmungen zur Verlängerung	157
4.3.2.1. Allgemeine Bemerkungen	157
4.3.2.2. Die französischen Grenzgänger	158
4.3.2.3. Die italienischen Grenzgänger	159
5. DER VERLUST DER GRENZGAENGERBEWILLIGUNG	163
5.1. Allgemeiner Ueberblick	163
5.2. Das Erlöschen der Grenzgängerbewilligung	164
5.2.1. Ablauf der Gültigkeitsdauer (Art. 9 Abs. 1 lit. a ANAG)	164
5.2.2. Erteilung der Bewilligung in einem andern Kanton (Art. 9 Abs. 1 lit. b ANAG)	165
5.2.3. Verzicht auf die Ausnutzung der Grenzgängerbewilligung (Art. 9 Abs. 1 lit. c ANAG)	165
5.2.4. Die Ausweisung und Heimschaffung (Art. 9 Abs. 1 lit. d ANAG)	166
5.2.5. Entzug gemäss Art. 8 Abs. 2 ANAG	167
5.3. Der Widerruf der Grenzgängerbewilligung	168
5.3.1. Die praktische Bedeutung des Widerrufs	168
5.3.2. Erschleichung einer Grenzgängerbewilligung (Art. 9 Abs. 2 lit. a ANAG)	169
5.3.3. Nichterfüllen einer Auflage (Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG)	170
5.3.4. Besonders schwere Klagen (Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG)	171
5.4. Beendigung des Erwerbsaufenthaltes in der Schweiz	171
5.4.1. Rückweisung an der Grenze	172
5.4.2. Die Wegweisung	172
5.4.3. Die Einreisesperre	173
5.4.3.1. Die Einreisesperre im allgemeinen	173
5.4.3.2. Die Einreisesperre gegenüber Grenzgängern	176
5.4.4. Die Ausweisung	177
5.4.4.1. Allgemeine Bemerkungen zur Ausweisung	177
5.4.4.2. Die fremdenpolizeiliche Ausweisung	178
5.4.4.3. Die politische Ausweisung	180
5.4.4.4. Die strafgerichtliche Landesverweisung	181
6. DER RECHTSSCHUTZ DES GRENZGAENGERS	183
6.1. Allgemeine Bemerkungen	183
6.1.1. Das Verhältnis von Kantons- und Bundesrecht im Bereich des Prozesswesens	183
6.1.2. Bundesrechtliche Vorgaben zur Einräumung von Rechtsmittelinstanzen	184

6.1.3. Die Vorgaben des Bundes zum Rechtsmittelverfahren	185
6.1.4. Die Kognition der Rechtsmittelinstanzen	185
6.2. Rechtsmittel gegen die Bewilligungsverweigerung	187
6.2.1. Die verschiedenen Verweigerungsfälle	187
6.2.2. Der Rechtsschutz im kantonalen Verfahren	187
6.2.3. Der bundesrechtliche Rechtsschutz	189
6.2.3.1. Der verwaltungsinterne Rechtsweg und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde	189
6.2.3.2. Die staatsrechtliche Beschwerde	192
6.3. Rechtsmittel gegen die Aufhebung der Grenzgängerbewilligung	194
6.3.1. Rechtsmittel gegen den Widerruf der Grenzgängerbewilligung	194
6.3.1.1. Die kantonalen Rechtsmittel	194
6.3.1.2. Die Rechtsmittel des Bundes	194
6.3.2. Die Rechtsmittel gegen die Anordnung einer Einreisesperre	195
6.3.3. Rechtsmittel gegen die Ausweisung	196
6.3.3.1. Rechtsmittel gegen die fremdenpolizeiliche Ausweisung	196
6.3.3.2. Rechtsmittel gegen die politische Ausweisung	196
6.3.3.3. Rechtsmittel gegen den gerichtlichen Landesverweis	197
6.3.4. Rechtsmittel im Falle des Erlöschens der Grenzgängerbewilligung	198
7. UEBERBLICK UEBER DIE BESTEUERUNG DER ERWERBSEINKOMMEN DER IN DER SCHWEIZ ZUGELASSENEN GRENZGAENGER	200
7.1 Die Besteuerung des Grenzgängers aufgrund der innerstaatlichen Gesetzgebung	199
7.1.1. Die Steuerhoheit in der Schweiz	199
7.1.2. Die Erhebung der Einkommenssteuer von Grenzgängern	199
7.1.3. Die Anwendbarkeit des Bundes- und Kantonssteuerrechtes	201
7.2. Die Besteuerung der Grenzgänger aus Deutschland	202
7.2.1. Die staatsvertraglichen Regelungen	202
7.2.2. Der Grenzgänger im Sinne des DBA-D	203
7.2.3. Die Besteuerung der Grenzgänger aus Deutschland	204
7.3. Die Besteuerung der französischen Grenzgänger	205
7.3.1. Die staatsvertraglichen Regelungen	205
7.3.2. Der Begriff des Grenzgängers in den relevanten Steuerabkommen	207
7.3.3. Die steuerliche Behandlung der Grenzgänger aus Frankreich	207
7.4. Die Besteuerung der Grenzgänger aus dem Fürstentum Liechtenstein	208
7.4.1. Die staatsvertraglichen Regelungen	208
7.4.2. Die steuerliche Behandlung der Grenzgänger aus Liechtenstein	209
7.5. Die Besteuerung der Grenzgänger aus Italien	210
7.5.1. Die staatsvertraglichen Regelungen	210



7.5.2. Der verwendete Begriff des Grenzgängers	210
7.5.3. Die vorgenommene Regelung	211
7.6. Die Besteuerung der österreichischen Grenzgänger	212
7.6.1. Die staatsvertraglichen Regelungen	212
7.6.2. Der Grenzgängerbegriff im Doppelbesteuerungsabkommen	212
7.6.3. Die Regelung der Grenzgängerbesteuerung	213
8. UEBERBLICK UEBER DAS SOZIALVERSICHERUNGSWESEN UND DIE FAMILIENZULAGEN DER GRENZGAENGER	215
8.1 Einleitende Bemerkungen	215
8.2. Die bilateralen den Grenzgänger betreffenden sozialversicherungsrechtlichen Vereinbarungen mit unseren Nachbarstaaten	217
8.2.1. Die Zielsetzung sozialversicherungsrechtlicher Staatsverträge	217
8.2.2. Ueberblick über die mit unseren Nachbarstaaten abgeschlossenen bilateralen Staatsverträge	218
8.2.2.1. Die Vereinbarungen mit der Bundesrepublik Deutschland	218
8.2.2.2. Die Vereinbarungen mit Frankreich	218
8.2.2.3. Die Vereinbarungen mit dem Fürstentum Liechtenstein	219
8.2.2.4. Die Vereinbarungen mit Italien	220
8.2.2.5. Die Vereinbarungen mit Oesterreich	220
8.2.3. Der Geltungsbereich der massgebenden Staatsverträge	221
8.2.3.1. Der persönliche Geltungsbereich	221
8.2.3.2. Der sachliche Geltungsbereich	225
8.3. Die einzelnen Versicherungsweige	225
8.3.1. Die Versicherungspflicht	225
8.3.2. Die Alters- und Hinterlassenenversicherung	226
8.3.2.1. Die Stellung der Grenzgänger nach innerstaatlichem Recht	226
8.3.2.2. Die staatsvertraglichen Regelungen	228
8.3.2.2.1. Leistungsanspruch während der Erwerbstätigkeit in der Schweiz	228
8.3.2.2.2. Erhalt der Rechte und Anwartschaften	229
8.3.3. Die Invalidenversicherung	230
8.3.3.1. Die Stellung der Grenzgänger nach innerstaatlichem Recht	230
8.3.3.2. Die staatsvertraglichen Regelungen	231
8.3.3.2.1. Leistungsanspruch während der Erwerbstätigkeit in der Schweiz	231
8.3.3.2.2. Erhalt der Rechte und Anwartschaften	235
8.3.4. Ergänzungsleistungen zur AHV und IV	237
8.3.5. Die Unfallversicherung	237
8.3.6. Die Krankenversicherung	240
8.3.7. Die berufliche Vorsorge	244
8.3.8. Die Arbeitslosenversicherung	245
8.3.8.1. Das innerstaatliche Recht	245
8.3.8.2. Die staatsvertraglichen Vereinbarungen	247
8.4. Die Familienzulagen	248

9. ANHANG	251
9.1. Statistische Zahlen über die Grenzgänger in der Schweiz	251
9.2. Uebersicht über die wesentlichen Ausführungserlasse der Grenzkantone	252
9.3. Besteuerungsabkommen zwischen Genf und Frankreich	257
9.4. Besteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und Frankreich	259
9.5. Besteuerungsabkommen zwischen Graubünden und dem Fürstentum Liechtenstein	263

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
A	Oesterreich
a. A.	anderer Ansicht
A-Abk.	Abkommen mit Oesterreich vom ...
Abs.	Absatz
a. F.	alte Folge
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10)
a. M.	anderer Meinung
Ambl. ZH	Amtsblatt des Kantons Zürich
Art.	Artikel
AS	Ämtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen, seit 1948 Sammlung der eidgenössischen Gesetze (vor 1874 zit. AS a. F.)
AVIG	BG über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 (SR 837.0 = AS 1982, 2184)
AVIV	Arbeitslosenversicherungsverordnung vom 31. August 1983 (SR 837.02 = AS 1983, 1205)
BB	Bundesbeschluss
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BdBSt	Bundesratsbeschluss über die Erhebung einer direkten Bundessteuer vom 9. Dezember 1940 (SR 642.11)
betr.	betreffend
BewG	Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983 (SR 211.412.4 = AS 1984, 1148)
BFA	Bundesamt für Ausländerfragen
BG	Bundesgesetz
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BIGA	Bundesamt für Gewerbe, Industrie und Arbeit
BRB	Bundesratsbeschluss
BS	Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848 - 1947
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. März 1874 (SR 101)
BVG	BG über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40 = AS 1983, 797)
BVO	Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer, soweit ohne Angabe einer Jahreszahl in der Fassung vom 6. Oktober 1986 (SR 823.21 = AS 1986, 1791)
BVV	Verordnung über die beruflich Alters-, Hinterlassenen und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 (SR 831.441.1 = AS 1984, 543)
bzw.	beziehungsweise
c.	contra = gegen
D	Deutschland
D-Abk.	Abkommen mit der Bundesrepublik Deutschland vom ...
DBA-...	Doppelbesteuerungsabkommen (das Landeskennzeichen wird dabei angehängt)
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation

EFTA	European Free Trade Association (=Europäische Freihandelsgemeinschaft)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
Erw.	Erwägung
ETS	European Treaty Series
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift, Strassbourg
ev.	eventuell
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
EVeG	Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes
F	Frankreich
F-Abk.	Abkommen mit Frankreich vom ...
f./ff.	und folgende
FL	Fürstentum Liechtenstein
FL-Abk.	Abkommen mit dem Fürstentum Liechtenstein vom ...
FLG	BG über die Familienzulagen in der Landwirtschaft vom 20. Juni 1952 (SR 836.1 = AS 1952, 823)
FLV	VO über die Familienzulagen in der Landwirtschaft vom 11. November 1952 (SR 836.11 = AS 1952, 896).
GS	kantonale Gesetzessammlung
h. L.	herrschende Lehre
insb.	insbesondere
i. S.	in Sachen
IV	Invalidenversicherung
IVG	BG über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (SR 831.20)
i. V. m.	in Verbindung mit
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
I	Italien
I-Abk.	Abkommen mit Italien vom ...
i. d. F.	in der Fassung von
i. d. R.	in der Regel
ILO	International Labour Organisation
int.	international(e)
km	Kilometer
Kt.	Kanton
KVG	BG über die Krankenversicherung vom 13. Juni 1911 (SR 832.10)
lit.	littera
MStGB	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (SR 321.0)
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note(n)
NF	Neue Folge
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development (=Organisation für Europäische Zusammenarbeit)
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110)
OR	BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
OS	Offizielle Sammlung der seit 10. März 1831 erlassenen Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des Eidgenössischen Standes Zürich
PG	BG über die Gesetzessammlung und das Bundesblatt vom 21. März 1986 (SR 170.512 = AS 1987 I 600)

Pra.	Die Praxis des Bundesgerichts
R	Recueil
RdA	Recht der Arbeit
RKG	BG über die Rechtskraft der Bereinigten Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen für die Jahre 1848 - 1947 und über die neue Reihe der Sammlung vom 12. März 1948 (AS 1949 II 1523)
RL	Raccolta delle leggi
RRB	Regierungsratsbeschluss
RS	Recueil systématique
RV	Verordnung über die Rückvergütung der von Ausländern an die AHV bezahlten Beiträge (SR 831.131.12 = AS 1952, 281)
S.	Seite(n)
s.	siehe
SJIR	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genève)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
sog.	sogenannte(r)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StenBull.	Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung; seit 1967 Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (Nationalrat, Ständerat)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StR	Ständerat
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (Bern)
TA	Tages Anzeiger (Zürich)
u. a.	und andere
UNO	United Nations Organization
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UVG	BG über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20 = AS 1982, 1676)
UVV	Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (SR 832.202 = AS 1983, 38)
V	Votum
v.	vom
v. a.	vor allem
VE	Verfassungsentwurf der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, 1977
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VPB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden (Bern, bis Band 31 offiziell als VEB bezeichnet)
VRK	Wiener Konvention über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VVO m. A.	Verwaltungsverordnung(en) mit Aussenwirkung
VVO m. I.	Verwaltungsverordnung(en) mit Innenwirkung
VwOG	BG über die Organisation und die Geschäftsführung des Bundesrates und der Bundesverwaltung (SR 172.010 = AS 1979, 114)
VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021 = AS 1969, 737.
ZAK	Zeitschrift für die Ausgleichskassen
z.B.	zum Beispiel
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl.	Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich; die ebenfalls gebräuchliche Abkürzung ZSGV wird hier nicht verwendet)

ZBRB	BRB 19. Januar 1965 über die Zusicherung der Aufenthaltsbewilligung zum Stellenantritt (SR 142.261 = AS 1965, 58)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

LITERATURVERZEICHNIS

- Aeschbacher** Monique/**Hegetschweiler** Hans, Handbuch des Asyl- und Ausländerrechtes, Zürich 1985, (zit. Aeschbacher/Hegetschweiler...)
- Arbeitsgemeinschaft** Mitenand, Die Ausländer in der Schweiz, 2. A. Zürich 1981, (zit. Arbeitsgemeinschaft...)
- Arta** Hans-Rudolf, Die Vereins-, Versammlungs- und Meinungsäusserungsfreiheit der Ausländer, St. Gallen 1983, (zit. Arta...)
- Aubert** Jean-François, Traité de droit constitutionnel suisse, 2 Bände und Supplément, Neuenburg 1967/1982, (zit. Aubert, Traité I/II...)
- ders.**, Le statut des étrangers en Suisse, in: ZSR 1958 I 215-253, (zit. Aubert, Etrangers...)
- Auque** Hubert, L'étranger qui fait exister la Suisse, Diss. Lausanne 1981, (zit. Auque...)
- Avenati** Elena/**Ghelew** André/**Meuli** Alberto, Domicile et nationalité dans les différentes branches des assurances sociales suisses, in: SZS 1981, 241-298, (zit. Avenati...)
- Bendel** Felix, Die Rechtsstellung des ausländischen Grenzgängers in der schweizerischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, in: SZS 1980, 1-29, 81-101, (zit. Bendel, SZS 1980...)
- ders.**, Rückvergütung und Ueberweisung von AHV-Beiträgen, in: SZS 1976, 99-134, (zit. Bendel, SZS 1976...)
- Berenstein** Alexander, La Suisse et le développement international de la sécurité sociale, in: SZS 1981, 161-190, (zit. Berenstein...)
- Bericht** der Studienkommission für das Problem der ausländischen Arbeitskräfte, BIGA (Hrsg.), Bern 1964, (zit. Bericht SK...)
- Bernhardt** Rudolf, Der Abschluss völkerrechtlicher Verträge im Bundesstaat, Köln/Berlin 1957, (zit. Bernhardt...)
- Bernsdorff** Norbert, Probleme der Ausländerintegration in verfassungsrechtlicher Sicht, Frankfurt a. M. 1986, (zit. Bernsdorff...)
- Bertossa** Francesco, Der Beurteilungsspielraum, Diss. Bern 1984, (zit. Bertossa...)
- BFA**, Ratgeber für ausländische Arbeitnehmer in der Schweiz, Bern 1984, (zit. BFA, Ratgeber...)
- BFA**, Weisungen zur Ausländergesetzgebung für die kantonalen Fremdenpolizeibehörden, jährlich nachgeführter grüner Loseblattordner, (zit. BFA-Weisungen...)
- Bickel** Wilhelm, Bevölkerungsgeschichte und Bevölkerungspolitik der Schweiz, Zürich 1947, (zit. Bickel...)

- BIGA**, Weisungen und Erläuterungen zur Verordnung des Bundesrates vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer, Bern 1986, (zit. BIGA, 1986...)
- BIGA**, Weisungen und Erläuterungen zur Verordnung des Bundesrates vom 26. Oktober 1983 über die Begrenzung der Zahl der erwerbstätigen Ausländer, Bern 1983, (zit. BIGA, 1983...)
- Bindschedler** Rudolf L., Rechtsfragen der europäischen Einigung - Ein Beitrag zu der Lehre von den Staatenverbindungen, Basel 1954, (zit. Bindschedler...)
- Biucchi** Basilio/**Gaudard** Gaston (Hrsg.), Régions frontalières, Grenzregionen, Regioni di frontiera, Saint-Saphorin 1981, (zit. Biucchi/Gaudard...)
- Blanc** Pierre, Droits des assurés italiens et procédure administrative dans l'assurance-invalidité fédérale, Diss. Lausanne 1972, (zit. Blanc...)
- Bois** Philippe, L'emploi et les étrangers, in: Revue de droit administratif et de droit fiscal, 1981, S. 65-78, (zit. Bois...)
- Brack** Ernst, Die Gesetzesdelegation in der Praxis des Bundes, Diss. Zürich 1953, (zit. Brack...)
- Brockhaus** Enzyklopedie, 17. völlig neubearbeitete A. des Grossen Brockhaus, 7. Band, Wiesbaden 1969, (zit. Brockhaus...)
- Brühwiler** Hans, Die Gesetzesdelegation, in: ZBl. 1959, 209-248, (zit. Brühwiler...)
- Brunner** Hans, Die Ueberprüfung der Rechtsverordnungen des Bundes auf ihre Verfassungs- und Gesetzmässigkeit, Diss. Bern 1953, (zit. Brunner, Rechtsverordnungen...)
- Bürgi** Wolfhart, Die Aktiengesellschaft, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 5. Band OR, 5. Teil, Zürich 1969, (zit. Bürgi...)
- Burckhardt** Walther, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. A. Bern 1931, (zit. Burckhardt...)
- Caytas** Ivo G., Die erwerbsrechtliche Stellung der Ausländer in der Schweiz, in: Völkerrechtliche und landesrechtliche Regelung des wirtschaftlichen Ausländerstatus, Schriften des Europäischen Arbeitskreises für internationales Recht, Berlin 1980, (zit. Caytas...)
- Charles** Jean-François, Die Krankenversicherung, in: SZS 1982, 281-292, (zit. Charles...)
- ders.**, Die sozialen Versicherungen in der Schweiz, Bern 1982, (zit. Charles, Versicherungen...)
- Cottier** Thomas, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, Diss. Bern 1983, (zit. Cottier...)
- Chrzanowski** Pierre, L'établissement dans l'aéle, Integrationsbureau des EJPD und EVD, Synthesebericht Nr. 4178, Bern 1978, (zit. Chrzanowski...)
- Diez** Emanuel, Grenznachbarliche Beziehungen, in: Alois Riklin/Hans Haug/Hans Christoph Binswanger (Hrsg.), Handbuch der

schweizerischen Aussenpolitik, Basel/Stuttgart 1975, S. 891-901, (zit. Diez, Beziehungen...)

ders., Grenzziehungen des Kantons Basel-Stadt zum Ausland, in: Eichenberger Kurt u. a. (Hrsg.), Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechtes des Kantons Basel-Stadt, Basel 1984, S. 317-336, (zit. Diez, Grenzziehungen...)

Duc Jean-Louis, Soziale Krankenversicherung, Rechtsprechung bis Ende 1980, unter Mitarbeit von Brigitte Pfiffner, Hochdorf 1983, (zit. Duc...)

Eichenberger Kurt, Gesetzgebung im Rechtsstaat, in: VVDStRL 1982, 7-39, (zit. Eichenberger, Gesetzgebung...)

ders., Die oberste Gewalt im Bunde, Diss. Bern 1949, (zit. Eichenberger, oberste Gewalt...)

ders., Vom staatsrechtlichen Permanenzproblem der Regierungsverordnung in der Schweiz, in: Festschrift Hans Nef, Zürich 1981, S. 27-43, (zit. Eichenberger, Permanenzproblem...)

ders., Von der Rechtsetzungsfunktion im heutigen Staat, in: ZSR 1974 II 7-27, (zit. Eichenberger, Rechtsetzungsfunktion...)

EJPD/EVD, Erläuternder Bericht zur Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (Begrenzungsverordnung) vom 2. Juni 1986, unveröffentlicht, (zit. Erläuterungen EJPD/EVD...)

Engels Gerd, Auswirkungen der fehlenden Arbeitserlaubnis auf das Arbeitsverhältnis ausländischer Arbeitnehmer, in: RdA 1976, 165-175, (zit. Engels...)

Entwurf zu einem neuen Ausländergesetz vom 19. Juni 1978, in: BBl. 1978 II 238 ff., (zit. Entwurf Art. ...)

Erdmann Ulrich, Europäisches Fremdenrecht, Frankfurt a. M. 1969, (zit. Erdmann...)

Eriksson Maja Kirilova, Das Aufenthaltsrecht von Ausländern, Stockholm 1984, (zit. Eriksson...)

Fastenrath Ulrich, Kompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt, München 1986, (zit. Fastenrath...)

Fehr Christian (Vertrieb), Ausländerrecht, Bern 1979, (zit. Fehr...)

Fehrlin Wolfram, Die Rechtsgleichheit der Ausländer in der Schweiz, Diss. Bern 1952, (zit. Fehrlin...)

Fleiner Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, 8. neubearbeitete A., Tübingen 1928, (zit. Fleiner, Institutionen...)

ders., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, (zit. Fleiner, Bundesstaatsrecht...)

Fleiner Thomas, Die Delegation als Problem des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, Freiburg 1972, (zit. Fleiner, Delegation...)

ders., Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. überarbeitete A., Zürich 1980, (zit. Fleiner, Verwaltungsrecht...)

Fleiner Fritz/Giacometti Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, unveränderter Nachdruck der Neubearbeitung 1949, Zürich 1976, (zit. Fleiner/Giacometti...)

Föderalismus-Hearings der Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit, Bd. 3, Die Rolle der Kantone im Bund, Solothurn/Zürich 1973, (zit. Föderalismus-Hearings...)

Fröhlich Stephan, Niederlassungsrecht und Freizügigkeit in der EWG und EFTA, Diss. Zürich 1964, (zit. Fröhlich...)

Frowein Jochen Abraham/Peukert Wolfgang, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, Strassbourg 1985, (zit. Frowein/Peukert...)

Gemeindeverband Schweizerischer/**Städteverband** Schweizerischer (Hrsg.), Ausländer in der Gemeinde, Bern 1979, (zit. Gemeinde...)

Ghelew André/Clerc Jacques, Unfallversicherung, SJK 346, 347a, 347b, 348 (Ersatzkarten), Stand 1. Januar 1984, (zit. Ghelew/Jacques, SJK...)

Giacometti Zaccaria, Das selbständige Rechtsverordnungsrecht des Bundesrates, in: SJZ 1934/5, S. 258-262, (zit. Giacometti, SJZ 1934/5...)

ders., Das Staatsrecht der Kantone, Zürich 1941, (zit. Giacometti, Staatsrecht...)

ders., Ueber das Rechtsverordnungsrecht im schweizerischen Bundesstaate, in: Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag, Tübingen 1927, (zit. Giacometti, Rechtsverordnungsrecht...)

Gnehm Adrian Hugo, Ausländische Arbeitskräfte, ihre Bedeutung für Konjunktur und Wachstum dargestellt am Beispiel der Schweiz, Diss. Bern 1966 (zit. Gnehm...)

Grisel André, Traité de droit administratif, 2 Bände, Neuenburg 1984, (zit. Grisel, Traité I/II...)

Guggenheim Paul, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 1, Basel 1948, (zit. Guggenheim, Völkerrecht...)

ders., Traité de droit international public, Bd. 1, Genf 1967, (zit. Guggenheim, Traité...)

Guhl Theo, Das schweizerische Obligationenrecht, 7. A. Zürich 1980, (zit. Guhl...)

Guide du travailleur frontalier de Genève, édité par le Département de l'économie publique du canton de Genève, Octobre 1984, (zit. Guide...)

Gutzwiller Peter Max, Die Abgrenzung der Behördenkompetenz bei der Beurteilung von Arbeitsbewilligungsgesuchen von Ausländern, in: ZBl. 1984, 303-307, (zit. Gutzwiller...)

Gygi Fritz, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. überarbeitete A., Bern 1983, (zit. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege...)

ders., Das System der Verwaltungsrechtspflege in Bundesverwaltungssachen, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe

- der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, (zit. Gygi, Bundesgericht...)
- Häfelin** Ulrich, Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, Zürich 1981, S. 91-124, (zit. Häfelin, Lückenfüllung...)
- Häfelin** Ulrich/**Haller** Walter, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1984, (zit. Häfelin/Haller...)
- Haefliger** Arthur, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, Bern 1985, (zit. Haefliger...)
- Härle** Elfried, Die Kooperation bei völkerrechtlichen Verträgen im Bundesstaat, in: Die Friedens-Warte, 1976, 101-145, (zit. Härle...)
- Hagen** Eckerhardt, Arbeitsmotive von Gastarbeitern, Veröffentlichungen der Hochschule St. Gallen für Wirtschaft- und Sozialwissenschaften, Schriftenreihe Betriebswirtschaft, Bd. 2, Bern 1973, (zit. Hagen...)
- Hagmann** Hermann-Michel, Les travailleurs étrangers, chance et tourment de la Suisse, Lausanne 1966, (zit. Hagmann...)
- Hailbronner** Kay, Ausländerrecht, Heidelberg 1984, (zit. Hailbronner...)
- Hangartner** Dieter, Das deutsch-schweizerische Doppelbesteuerungsabkommen, 4. unveränderte A., Zürich 1986, (zit. Hangartner, DBA...)
- Hangartner** Yvo, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, 2 Bände, Zürich 1980/1982, (zit. Hangartner, Bd. ...)
- ders.**, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern/Frankfurt a. M. 1974, (zit. Hangartner, Kompetenz...)
- ders.**, Widerruf und Aenderung von Verwaltungsakten aus nachträglich eingetretenen Gründen, Diss. St. Gallen 1959, (zit. Hangartner, Widerruf...)
- Hauser** Mathilde, Die den Ausländern in der Schweiz garantierten Freiheitsrechte, Diss. Zürich 1957, (zit. Hauser, Freiheitsrechte...)
- Hasler** Alfons, Die Ausländer in der schweizerischen Arbeitslosenversicherung, in: SZS 1961, 232-243, (zit. Hasler...)
- Hauser** Robert, Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. A. Basel 1984, (zit. Hauser, Strafprozessrecht...)
- Helbling** Carl, Personalvorsorge und BVG, 2. vollständig überarbeitete A. von "Personalfürsorge", Bern 1984, (zit. Helbling...)
- Hoffmann-Nowotny** Hans-Joachim, Soziologie des Fremdarbeiterproblems, Stuttgart 1973, (zit. Hoffmann-Nowotny, Soziologie...)
- Hoffmann-Nowotny** Hans-Joachim/**Killias** Martin, Schweiz, in: Ernst Gehmacher/David Kubat/Ursula Mehrländer (Hrsg.), Ausländerpolitik im Konflikt, Bonn 1978, S. 169-187, (zit. Hoffmann-Nowotny/Killias...)

- Hofmann** Emil, Die fremdenpolizeilichen Entfernungs- und Fernhaltmassnahmen, in: SJZ 1971, 285-291, (zit. Hofmann, SJZ 1971...)
- ders.**, Ueber das Verhältnis der gerichtlichen Landesverweisung als Nebenstrafe zur administrativen Ausweisung, in: SJZ 1957, 313-315, (zit. Hofmann, SJZ 1957...)
- Hofstetter** Yves, Le statut juridique du travailleur saisonnier, Diss. Lausanne 1981, (zit. Hofstetter...)
- Höhn** Ernst, Handbuch des internationalen Steuerrechts der Schweiz, Bern/Stuttgart 1984, (zit. Höhn, int. Steuerrecht...)
- ders.**, Interkantonaies Steuerrecht, Bern/Stuttgart 1983, (zit. Höhn, interkantonaies Steuerrecht...)
- ders.**, Steuerrecht, 3. vollständig neu bearbeitete A., Bern/Stuttgart 1979, (zit. Höhn, Steuerrecht...)
- Huber** Hans, Die Grundrechte der Ausländer in der Schweiz und ihre Rechtsquellen, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 117-138, (zit. Huber, Grundrechte...)
- Huber** Klaus, Die ausländischen Arbeitskräfte in der Schweiz, Diss. Bern 1962, (zit. Huber, Arbeitskräfte...)
- Imboden** Max, Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung, Berlin 1959, (zit. Imboden, Montesquieu...)
- Imboden** Max/Rhinow René A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2 Bände, 5. neubearbeitete und erweiterte A., Basel/Stuttgart 1976, (zit. Imboden/Rhinow...)
- Iselin** Peter F., Schweizerische Staatsverträge über Sozialversicherung, Diss. Zürich 1956, (zit. Iselin...)
- Jagmetti** Riccardo, Vollziehungsverordnung und gesetzvertretende Verordnung, Diss. Zürich 1956, (zit. Jagmetti...)
- Jeanneret** Philippe/Maillat Denis, Jura, canton frontière, Neuenburg 1981, (zit. Jeanneret/Maillat...)
- Kammermann** Hans, Der Familiennachzug der ausländischen Arbeitskräfte, Diss. Zürich 1976, (zit. Kammermann, Familiennachzug...)
- Kammermann** Iwan Walter, Die fremdenpolizeiliche Ausweisung von Ausländern aus der Schweiz, Diss. Bern 1948, (zit. Kammermann, Ausweisung...)
- Kleemann** Josef, Die internationale Freizügigkeit der Arbeit, Diss. St. Gallen 1965, (zit. Kleemann...)
- Knapp** Blaise, Grundlagen des Verwaltungsrechts, deutschsprachige Ausgabe der 2. überarbeiteten A. des Précis de droit administratif, übersetzt von Suzanne Ballensat, Basel/Frankfurt a. M. 1983, (zit. Knapp...)
- Koller** Alfred, Die Reneja-Praxis des Bundesgerichts, in: ZBl. 1985, 513-522, (zit. Koller, EMRK...)
- Koller** Arnold, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, Bern 1971, (zit. Koller...)

- Koller** Randolph Andrea, Die kantonalen Familienzulagengesetze, Diss. Zürich 1984, (zit. Koller, Zulagen...)
- Kölz** Alfred/**Kottusch** Peter, Bundesrecht und kantonales Verwaltungsrecht, in: ZBl. 1978, 421-458, (zit. Kölz/Kottusch...)
- Körner** Heiko/**Mehrländer** Ursula (Hrsg.), Die "neue" Ausländerpolitik in Europa, Bonn 1986, (zit. Körner/Mehrländer...)
- Kottusch** Peter, Die Niederlassungsbewilligung gemäss Art. 6 ANAG, in: ZBl. 1986, 513-554, (zit. Kottusch, Niederlassungsbewilligung...)
- ders.**, Scheinehen aus fremdenpolizeilicher Sicht, in: ZBl. 1983, 425-445 (zit. Kottusch, Scheinehen...)
- Krähe** Christian, Das Deutsch-Schweizerische Sozialversicherungsabkommen, Fachschriften der Handelskammer Deutschland-Schweiz, Düsseldorf 1976, (zit. Krähe...)
- Lambercy** Urbain, La répartition des compétences entre Confédération et cantons en matière de police des étrangers, Diss. Lausanne 1983, (zit. Lambercy...)
- Laur** E. M./**Umbricht-Maurer** R. M., Das neue Pensionskassengesetz, 2 Bände in Loseblattform, Grundwerk Zürich 1982, (zit. Laur/Umbricht-Maurer...)
- Lejeune** Yves, Recueil des accords internationaux conclus par les cantons Suisses en vigueur janvier 1980, Bern/Frankfurt a. M. 1982, (zit. Lejeune...)
- ders.**, La succession du nouveau canton du Jura aux traités internationaux du canton de Berne, Paris 1978, (zit. Lejeune, Jura...)
- Lendi** Martin, Legalität und Ermessen, Diss. Zürich 1958, (zit. Lendi, Ermessen...)
- Lüönd** Karl G., Die obligatorische Krankenversicherung nach kantonalem Recht unter besonderer Berücksichtigung der zürcherischen Gesetzgebung, in: SZS 1979, 38-62, (zit. Lüönd...)
- Macheret** Augustin, L'immigration étrangère en Suisse à l'heure de l'intégration européenne, Genf 1969, (zit. Macheret, Immigration...)
- ders.**, Vers une nouvelle législation sur les étrangers en Suisse, in: ZSR 1977 I 265-283, (zit. Macheret, Législation...)
- Mäder** E., Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz, in: Nationales Jahrbuch der Neuen Helvetischen Gesellschaft 1959, 191-197, (zit. Mäder...)
- Manfrini** Pierre-Louis, Nature et effets juridiques des ordonnances administratives, Diss. Genf 1978, (zit. Manfrini...)
- Marek** Krystyna, Staatsverträge I-II-III, SJK Nr. 384 (Ersatzkarte), Stand 31. Oktober 1972, (zit. Marek, SJK 384...)
- dies.**, Staatsverträge IV/V, SJK 385 (Ersatzkarte), Stand 31. Oktober 1972, (zit. Marek, SJK 385...)
- Martel** Wilfried, Grundlagen staatlicher Kulturpolitik, insbesondere des Bundes, in: ZBl. 1982, 101-112, (zit. Martel...)

- Marti** Hans, Das Verordnungsrecht des Bundesrates, Zürich 1944, (zit. Marti, Verordnungsrecht...)
- Marti** Max Bernhard, Die Handels- und Gewerbefreiheit der Ausländer in der Schweiz, Diss. Bern 1962, (zit. Marti, HGF...)
- Maurer** Alfred, Das neue Unfallversicherungsgesetz, in: SZS 1983, 273-288, (zit. Maurer, UVG...)
- ders.**, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2 Bände, Bern 1979/81, (zit. Maurer, Bd. ...)
- ders.**, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Bern 1985, (zit. Maurer, Unfallversicherung...)
- Mengele** Hans-Peter, Ausländerrecht, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1983, (zit. Mengele...)
- Menzel** Eberhard/**Ipsen** Knut, Völkerrecht, 2. völlig neubearbeitete A., München 1979, (zit. Menzel/Ipsen...)
- Meyer** Pius, Ermessensprobleme, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 401-418, (zit. Meyer...)
- Meyer-Marsilius** H. J. u. a., Die geltenden Regelungen über die Erwerbstätigkeit von Ausländern in der Schweiz, Fachschriften der Handelskammer Deutschland-Schweiz, Zürich, Stand 1. Mai 1980, (zit. Meyer-Marsilius...)
- Meyer-Marsilius** Hans-Joachim/**Hangartner** Dieter, Fachkommentar zum Doppelbesteuerungsabkommen Deutschland-Schweiz, Loseblattausgabe in 7 Plastikordnern, Stand: 21. Ergänzungsband, (zit. Meyer-Marsilius/Hangartner...)
- Mohr** Bernhard, Deutsche Grenzgänger in der Nordwestschweiz, Schriften der Regio 9.1, Basel/Frankfurt a. M. 1986, (zit. Mohr...)
- Moor** Pierre/**Hofstetter** Yves, Les autorisations et décisions de police des étrangers, in: Universität Lausanne (Hrsg.), Les étrangers en Suisse, Lausanne 1982, S. 29-55, (zit. Moor/Hofstetter...)
- Moser** Hans Peter, Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz, in: ZSR 1967 II 325-488, (zit. Moser, Ausländer...)
- ders.**, Die akzessorische Normenkontrolle, in: ZBl. 1983, 163-171, (zit. Moser, Normenkontrolle...)
- Motta** Cristoforo, Die Schweiz und die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit, in: SZS 1976, 233-255, (zit. Motta, SZS 1976...)
- Müller** Georg, Inhalt und Formen der Rechtsetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel/Stuttgart 1979, (zit. Müller, Rechtsetzung...)
- ders.**, Richtlinien der Gesetzestechnik in Bund und Kantonen, in: Jürgen Rödig (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin, Heidelberg, New York 1976, S. 211-219, (zit. Müller, Richtlinien...)
- Müller** Jörg Paul, Die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz, in: ZSR 1975 I 373-405, (zit.

Müller, EMRK...)

ders., Völkerrecht und schweizerische Rechtsordnung, in: Alois Riklin/Hans Haug/Hans Christoph Binswanger (Hrsg.), Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bern/Stuttgart 1975, S. 223-236, (zit. Müller, Handbuch...)

Müller Jörg Paul/Müller Stefan, Grundrechte, Besonderer Teil, Bern 1985, (zit. Müller/Müller...)

Müller Jörg Paul/Wildhaber Luzius, Praxis des Völkerrechts, 2. überarbeitete A., Bern 1982, (zit. Müller/Wildhaber...)

Niederberger Josef Martin, Die politisch-administrative Regelung von Einwanderung und Aufenthalt in der Schweiz, in: Hoffmann-Nowotny Hans-Joachim, Hondrich Karl-Otto (Hrsg.), Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland und in der Schweiz, Frankfurt a. Main 1981, (zit. Niederberger...)

Niedermann Dieter J., Liechtenstein und die Schweiz, Diss. St. Gallen 1975, (zit. Niedermann...)

Paetzold Verena, Ausländer in der Schweiz, Fachschriften der Handelskammer Deutschland-Schweiz, 4. überarbeitete A., Zürich 1986, (zit. Paetzold, Ausländer...)

dies., Grenzgänger aus der Bundesrepublik Deutschland in der Schweiz, Fachschriften der Handelskammer Deutschland-Schweiz, Zürich 1982, (zit. Paetzold, Grenzgänger...)

dies., Die Sozialversicherung in der Schweiz, Fachschriften der Handelskammer Deutschland-Schweiz, Zürich 1978, (zit. Paetzold, Sozialversicherung...)

Panayotopoulos Marios, La sécurité sociale des travailleurs migrants, Genf 1973, (zit. Panayotopoulos...)

Paur Marguerite, Der Abschluss von Staatsverträgen im Bundesstaat, Diss. Zürich 1938, (zit. Paur...)

Pedrazzini Mario/Oberholzer Niklaus, Grundriss des Personenrechts, 2. überarbeitete und ergänzte A., Bern 1985, (zit. Pedrazzini/Oberholzer...)

Pfanner Toni, Die Jahresaufenthaltsbewilligung des erwerbstätigen Ausländers, Diss. St. Gallen 1985, (zit. Pfanner...)

Pfenninger H. F., Strafrechtliche Landesverweisung und administrative Ausweisung, in: SJZ 1957, 316-319, (zit. Pfenninger, SJZ 1957...)

Pflegard Heinz, Die Instruktion von Beschwerden und Rekursen durch den Bundesrat und die kantonalen Regierungen, in: ZBl. 1985, 445-451, (zit. Pflegard...)

Piccard Colette, Der Abschluss internationaler Verträge durch den schweizerischen Bundesrat, Diss. Zürich 1938, (zit. Piccard...)

Rapp Fritz, Fremdenpolizeiliche Arbeitsbewilligung und Arbeitsvertrag, in: Basler Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Basel 1985, S. 277-294, (zit. Rapp...)

Rapport sur la coopération transfrontalière en Europe de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 7 mai 1985, rapporteur

- M. Prouvost, Doc. 5414, (zit. Rapport transfrontalier...)
- Rausch** Heinz (Hrsg.), Zur heutigen Problematik der Gewaltenteilung, Darmstadt 1969, (zit. Rausch...)
- Reimann** August, Die Quellensteuer für erwerbstätige Ausländer, in: ZBl. 1966, 89-103, (zit. Reimann...)
- Rehbinder** Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, 7. A. Zürich 1983, (zit. Rehbinder...)
- Renaud** Michel, Le pouvoir réglementaire des cantons dans le cadre de l'exécution des lois fédérales, Diss. Lausanne 1974, (zit. Renaud...)
- Reymond** Philippe, Autorisation de travailler et de changer de place pour les frontaliers: à propos d'un arrêt récent du Tribunal fédéral, in: ZSR 1984 I 369-384, (zit. Reymond...)
- Rhinow** René A., Parlamentsreform und Gesetzgebung, Ueberlegungen zur Neubestimmung der Gesetzgebungskompetenz des Parlaments aufgrund der schweizerischen Verhältnisse, in: Jürgen Rüdig (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin, Heidelberg, New York 1976, S. 154-170, (zit. Rhinow, Parlamentsreform...)
- ders.**, Rechtsetzung und Methodik, Basel/Stuttgart 1979, (zit. Rhinow, Methodik...)
- ders.**, Vom Ermessen im Verwaltungsrecht: eine Einladung zum Nach- und Umdenken, in: Recht 1983, 41-53, 83-94, (zit. Rhinow, Ermessen...)
- Ricq** Charles, Les travailleurs frontaliers en Europe, Paris 1981, (zit. Ricq...)
- Riemer** Hans Michael, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, Bern 1985, (zit. Riemer...)
- Ronzani** Silvio, Ausländische Arbeitskräfte, in: Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bern/Stuttgart 1975, S. 833-845, (zit. Ronzani...)
- Roos** Gottfried, Der Grundsatz der gesetzmässigen Verwaltung und seine Bedeutung für die Anwendung des Verwaltungsrechts, in: ZBJV 1955 (Festgabe) 117-136, (zit. Roos...)
- Rös** Mirko, Die unmittelbare Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention, Diss. Zürich 1984, (zit. Rös...)
- Rüegg** Ernst, Das Fremdenpolizeirecht im Bund und in den Kantonen, 3. Teillieferung des Handbuchs für Einwohner- und Fremdenkontrolle, Zürich 1972, (zit. Rüegg...)
- Rüesch** Adrian, Die Versammlungsfreiheit nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1983, (zit. Rüesch...)
- Ruth** Max, Das Fremdenpolizeirecht der Schweiz, Zürich 1934, (zit. Ruth...)
- Saladin** Peter, Probleme des Kollegialitätsprinzips, in: ZSR 1985 I 271-286, (zit. Saladin...)

- ders.**, Rahmengesetzgebung im Bundesstaat, in: ZbJV 1978, 505-530, (zit. Saladin, Rahmengesetz...)
- Saxer** Arnold, Die Soziale Sicherheit in der Schweiz, 4. A. Bern 1977, (zit. Saxer...)
- Schiedermaier** Rudolf/**Wollenschläger** Michael, Handbuch des Ausländerrechts der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt a. M. 1985, (zit. Schiedermaier/Wollenschläger...)
- Schill** Erich A., Das Recht der ausländischen Arbeitnehmer in Deutschland, Baden-Baden 1965, (zit. Schill...)
- Schläpfer** Adolf, Die Gewaltenteilung in den Kantonen Appenzell Innerrhoden und Ausserrhoden, Diss. Zürich 1948, (zit. Schläpfer...)
- Schmid-Winter** Ellen, Die Rechtsstellung des Flüchtlings, insbesondere in der Sozialversicherung, Diss. Basel 1982, (zit. Schmid-Winter...)
- Schmucki-Hengartner** Cécile, Die Delegation von Verwaltungsaufgaben der Regierung innerhalb der Verwaltung, Diss. Zürich 1977, (zit. Schmucki-Hengartner...)
- Schöttli** Hans E., Einfluss der Landesgrenze auf die Wirtschaftsstruktur der Grenzgebiete, Diss. Zürich 1968, (zit. Schöttli...)
- Schultz** Hans, Einleitung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, 2 Bände, 4. A. Bern 1982, (zit. Schultz...)
- Schweizer** Rainer J., Allgemeine Gesetzgebungsprobleme aus der Sicht der schweizerischen Bundesverwaltung, in: Jürgen Rüdiger (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin, Heidelberg, New York 1976, S. 146-153, (zit. Schweizer...)
- ders.**, Rechtssetzungsprobleme des Bundes im Hinblick auf den Vollzug durch die Kantone, in: ZBl. 1977, 1-15, (zit. Schweizer, Vollzug...)
- Schweizer** Kurt/**Manhart** Thomas, Die berufliche Vorsorge nach BVG und Ausführungsverordnungen, in: SZS 1984, 177-214, (zit. Schweizer/Manhart...)
- Spinner** Bruno, Die Kompetenzdelegation beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge in der Schweiz, Diss. Zürich 1977, (zit. Spinner...)
- Spühler** Karl, Grundriss des Arbeitslosenversicherungsrechts mit Einschluss der Insolvenz-, Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigung, Bern 1985, (zit. Spühler...)
- ders.**, Die Schlechtwetterentschädigung im neuen Arbeitslosenversicherungsrecht, in: SZS 1985, 281-291, (zit. Spühler, SZS 1985...)
- Stampfli** Kurt, Rechtliche Probleme allgemeiner Dienstanweisungen, Diss. Freiburg 1982, (zit. Stampfli...)
- Stauffer** Hans-Ulrich, Die Arbeitslosenversicherung, Eine Darstellung anhand der anwendbaren bisherigen Rechtsprechung, Zürich 1984, (zit. Stauffer...)

- ders.**, Die Kurzarbeitsentschädigung, in: SZS 1985, 177-180, (zit. Stauffer, Kurzarbeit...)
- Stein** Peter, Das internationale Sozialversicherungsrecht der Schweiz, Bern 1971, (zit. Stein...)
- Steinmann** Gerold, Unbestimmtheit verwaltungsrechtlicher Normen aus der Sicht von Vollzug und Rechtssetzung, Diss. Bern 1982, (zit. Steinmann...)
- Stiftung** für eidgenössische Zusammenarbeit, Kantone und Aussenpolitik, Solothurn 1979, (zit. Stiftung 1979...)
- Stoffel** Walter, Die völkervertraglichen Gleichbehandlungsverpflichtungen der Schweiz gegenüber den Ausländern, Diss. Freiburg 1978, (zit. Stoffel...)
- Sträuli** Hans, Die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiete der Gesetzgebung, Diss. Zürich 1933, (zit. Sträuli...)
- Strupp** Karl/**Schlochauer** Hans-Jürgen, Wörterbuch des Völkerrechts, Drei Bände, 2. völlig neu bearbeitete A., Berlin 1960-62, (zit. Strupp/Schlochauer, Bd. ...)
- Sulger-Büel** Peter, Vollzug von Fernhalte- und Entfernungsmassnahmen gegenüber Fremden nach dem Recht des Bundes und des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1984, (zit. Sulger-Büel...)
- Thürer** Daniel, EMRK und schweizerisches Verwaltungsverfahren, in: ZBl. 1986, 241-265, (zit. Thürer, EMRK...)
- ders.**, Familientrennung durch Staatsgrenzen ? in: Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag, Bern 1986, S. 573-608, (zit. Thürer, Familientrennung...)
- ders.**, Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz, in: Die Rechtsstellung von Ausländern nach staatlichem Recht und Völkerrecht, Kolloquium des Max Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht vom 11.-13. September 1985, Bd. 4, im Druck, (zit. Thürer, Landesbericht...)
- ders.**, "Soft Law" - eine neue Form von Völkerrecht, in: ZSR 1985 I 429-453, (zit. Soft Law...)
- ders.**, Swiss National Report on the Judicial Control Over the Discretionary Power in the Expulsion and Extradition of Foreigners, 12 th International Congress of Comparative Law, Sidney-Melbourne (Australia) 1986, (zit. Report...)
- Trautvetter** Peter Martin, Die Ausweisung von Ausländern durch den Richter im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1957, (zit. Trautvetter...)
- Trinkler** Bruno, Der Abschluss von Staatsverträgen in der Schweiz, Diss. Bern 1954, (zit. Trinkler...)
- Vallender** Klaus, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen, in: Mélanges André Grisel, Neuenburg 1983, S. 819-841, (zit. Vallender...)
- Vaucher** René Frank, Le statut des étrangers en Suisse, in: ZSR 1967 II 489-643, (zit. Vaucher...)

- Verdross** Alfred/**Simma** Bruno, Universelles Völkerrecht, 3. völlig neu bearbeitete A., Berlin 1984, (zit. Verdross/Simma...)
- Villars** Charles, La Convention européenne de sécurité sociale et la Suisse, Genf 1975, (zit. Villars...)
- Viret** Bernard, L'assujettissement et le droit aux prestations des étrangers dans quelques assurances sociales suisse, in: Université de Lausanne (Hrsg.), Les étrangers en Suisse, Lausanne 1982, (zit. Viret...)
- Vogel** Klaus, Gesetzgeber und Verwaltung, in: VVdStRL 1966, 125-179, (zit. Vogel...)
- Von Orelli** Konrad, Das Verhältnis von Demokratie und Gewaltenteilung und seine Wandlungen insbesondere im schweizerischen Bunde, Diss. Zürich 1947, (zit. Von Orelli...)
- Weber** Hans, Probleme der Grenzgänger am Hochrhein, Diss. Freiburg/Br. 1957, (zit. Weber...)
- Weber-Dürler** Beatrice, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel/Frankfurt a. M. 1983, (zit. Weber-Dürler...)
- Wegleitung** über die Stellung der Ausländer und Staatenlosen des Bundesamtes für Sozialversicherung, 3 Loseblattordner, Bern 1984, (zit. Wegleitung I/II...)
- Wertenschlag** Rudolf, Grundrechte der Ausländer in der Schweiz, Diss. Basel 1980, (zit. Wertenschlag...)
- Wildhaber** Luzius, Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: ZSR 1979 II 237-379, (zit. Wildhaber, EMRK...)
- ders.**, Kompetenzordnung und Willensbildung in der schweizerischen Aussenpolitik, in: Alois Riklin/Hans Haug/Hans Christoph Binswanger (Hrsg.), Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bern/Stuttgart 1975, S. 237-273, (zit. Wildhaber, Handbuch...)
- ders.**, Rapport Suisse sur les pratiques du fédéralisme ou du régionalisme, in: Revue belge de droit international, 1983 I 119-137 (zit. Wildhaber, fédéralisme...)
- ders.**, Treaty-Making Power and Constitution, Basel/Stuttgart 1971, (zit. Wildhaber, Treaty...)
- Witmer** Jürg, Grenznachbarliche Zusammenarbeit, Diss. Zürich 1979, (zit. Witmer...)
- Wüthrich** Walter, Ausländer, SJK Nr. 351 (Ersatzkarte), Stand 1. Juni 1983, (zit. Wüthrich...)
- Yersin** Danielle, Le statut des étrangers dans les projets législatifs d'harmonisation fiscale, in: Université de Lausanne (Hrsg.), Les étrangers en Suisse, Lausanne 1982, 293-310, (zit. Yersin...)
- Ziegler** Peter Ulrich, Die Stellung der Ausländer in und zum Aufenthaltsstaat, Diss. Basel 1973, (zit. Ziegler...)
- Zinsli** Urs, Die Quellenbesteuerung des unselbständigen Erwerbseinkommens in der Schweiz, Diss. Bern 1970, (zit. Zinsli...)

Zuppinger Ferdinand/**Schärrier** Erich/**Fessler** Ferdinand/**Reich** Markus,
Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Ergänzungsband zum
Kommentar Bd. I-IV, 2. vollständig überarbeitete A., Bern
1983, (zit. Zuppinger...)

VORBEMERKUNGEN

Mit einer sich in den letzten Jahren zwischen 14 - 17 % bewegendenden Ausländerquote¹ verfügt die Schweiz über einen beträchtlich höheren prozentualen Ausländeranteil als andere vergleichbare Industrieländer². In neuerer Zeit kommt denn auch dem Ausländerrecht in Politik und Lehre eine immer stärkere Gewichtung zu³. Selten und häufig nur am Rande beschäftigt sich die Literatur mit einer besonderen Ausländerkategorie, den Grenzgängern. Die Ursache dafür mag darin liegen, dass diese v. a. in den Kantonen Basel-Stadt, Genf und Tessin ein wesentliches Arbeitskraftspotential darstellen, während sie in den meisten übrigen Grenzkantonen weniger, in den nicht grenzanliegenden Kantonen nicht ins Gewicht fallen⁴. Dementsprechend stellte der Bundesgesetzgeber praktisch nur in (wirtschaftlichen) Krisenzeiten besondere den Grenzgänger betreffende Normen auf⁵. Auch im heute geltenden Bundesgesetz wurde ihnen keine spezielle Nennung zuteil.

Mit der zunehmenden Integration der Grenzgebiete in die inländische Wirtschaftsstruktur, dem Bestreben nach vermehrter Verflechtung der europäischen Wirtschaft und dem verkehrstechnischen Fortschritt gewinnt aber auch die Problematik der Grenzgänger an Bedeutung. Es ist daher der Frage nachzugehen, welche Normen im Verkehr mit den Grenzgängern zur Anwendung gelangen und wie sich diese auf dessen Rechtsstatus auswirken. Im Vordergrund stehen dabei neben der Darlegung der Rechtsgrundlagen die erstmalige Zulassung sowie die weitere Regelung der Anwesenheit in der Schweiz, während soziale und steuerliche Aspekte nur ansatzweise behandelt werden. Die vorliegende Arbeit bezieht sich auf die ausländischen unselbständig tätigen Grenzgänger⁶. Ausgeschlossen bleiben demnach, da in der Praxis kaum von Bedeutung, die selbständig erwerbenden ausländischen Grenzgänger sowie die im Ausland

¹ Vgl. BBl. 1978 II 174; Hoffmann-Nowotny/Killias S. 169; Thürer, Landesbericht, S. 14; nähere Angaben im alljährlich erscheinenden Statistischen Jahrbuch der Schweiz. Diese Zahlen beziehen sich in der Regel nur auf das Verhältnis der ausländischen Niedergelassenen und Aufenthalter - hingegen nicht auf Funktionäre, Grenzgänger oder Saisonniers - zur gesamten Wohnbevölkerung (vgl. Art. 5 BVO) und sind daher mit Zurückhaltung zu würdigen. So kann ein statistischer Nachweis nur dann als Grundlage wissenschaftlicher Erkenntnisse genommen werden, wenn er der untersuchten Problematik entspricht, d.h. dass z. B. bezüglich des Aspekts des Arbeitsmarktes eine andere Ausländerzusammensetzung bzw. eine dieser entsprechende Bezugsgrösse zu berücksichtigen ist, als hinsichtlich demjenigen der infrastrukturellen Belastung.

² Vgl. Auque S. 184; Körner/Mehrländer S. 52; insbesondere zu den Grenzgängerzahlen Ricq S. 67 f.

³ Steht dabei zwar die Asylproblematik im Vordergrund, wird aber auch der Auseinandersetzung mit dem allgemeinen Ausländerrecht vermehrt Beachtung geschenkt.

⁴ Vgl. dazu die Statistik vorne Anhang 9.1., S. 251.

⁵ So z. B. die Einführung der Bewilligungspflicht 1921 oder das allgemeine Beschäftigungsverbot von 1930, vgl. Härle S. 103.

⁶ Zur Sonderregelung mit der Gemeinde Büsingen vgl. den "Vertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die Einbeziehung der Gemeinde Büsingen am Hochrhein in das schweizerische Zollgebiet" vom 23. November 1967 (SR 0.631.112.136 = AS 1967, 1211) Art. 19 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1, vgl. dazu Härle S. 102 ff.

ansässigen und in der Schweiz einer Grenzgängertätigkeit nachgehenden Schweizerbürger. Auch auf die spezielle Situation der in der Schweiz als Saisonniers tätigen Grenzgänger wird nicht näher eingegangen⁷. Für den soziologischen Bereich⁸ ist grundsätzlich auf die sich jeweils mit speziellen Regionen befassende Literatur zu verweisen⁹.

-
- ⁷ Zum Saisonnierstatut vgl. die Untersuchung von Hofstetter.
⁸ So z. B. die Aufgliederung der Grenzgänger nach Alter, Geschlecht und Berufsgruppen oder die Darlegung besonderer Verhaltensweisen.
⁹ Vgl. dazu v. a. die neueren Untersuchungen von Biucchi/Gaudard, Jeanneret/Maillat, Moor sowie Ricq (insbesondere S. 88 ff. und 389 ff. zu den allgemeinen Problemen der Grenzgänger).

1. DIE BEGRIFFSBESTIMMUNG DES GRENZGAENGERS

1.1. Die Problematik der Begriffsbestimmung

Bei der Begriffsbestimmung des Grenzgängers ist zwischen der tatsächlichen Situation einer bestimmten Ausländergruppe (=Definition in tatsächlicher Hinsicht) und deren rechtlicher Anerkennung (=Definition in rechtlicher Hinsicht) zu unterscheiden. Eine rechtliche Ausgestaltung des Grenzgängerstatus kann erst dann erfolgen, wenn sich die Situation des Grenzgängers gegenüber anderen Ausländergruppen abgrenzen lässt. Erst als Folge einer solchen Charakterisierung kann dann in einem politischen Prozess entschieden werden, ob und allenfalls welche rechtlichen Konsequenzen an diese Differenzierung angeknüpft werden sollen. Aus diesem Grund sowie aus Gründen der Rechtsvergleichung erscheint es notwendig, unabhängig von den in den einzelnen Rechtsordnungen und Rechtsgebieten geschaffenen Definitionen eine Begriffsbestimmung vorzunehmen, welche diejenigen Merkmale hervorhebt, die den Grenzgänger gegenüber den übrigen sich in einem Gaststaat aufhaltenden Ausländern auszeichnet. Einige Autoren machen darauf aufmerksam, dass es keinen allgemein gültigen Begriff des Grenzgängers gäbe¹. Dieser Ansicht ist insofern klärend beizufügen, dass sich im Hinblick auf die tatsächliche Situation des Grenzgängers wohl eine übereinstimmende Definition finden lässt. Dagegen ist die rechtliche Erfassung dieses Status uneinheitlich und von den jeweiligen Rechtsordnungen und Rechtsge-

¹ So Mohr S. 23; Paetzold, Grenzgänger, S. 1; Ricq S. 21, 390.

bieten abhängig². Während somit die tatsächliche Begriffsbestimmung den Ausgangspunkt einer gesetzlichen Regelung darstellt, ist die rechtliche Begriffsbestimmung allein für die Frage der Anwendbarkeit der den Grenzgänger betreffenden Rechtsnormen massgebend³. Im folgenden ist daher in einem ersten Schritt anhand der tatsächlichen Gegebenheiten darzulegen, wodurch sich der Status des Grenzgängers gegenüber anderen Gruppen von Ausländern auszeichnet, bevor dann in einem zweiten Schritt auf die für die schweizerische Rechtsordnung massgeblichen Definitionen näher eingegangen werden kann.

1.2. Definition des Grenzgängers in tatsächlicher Hinsicht

Die Herleitung einer Begriffsbestimmung mit der dargelegten Zielvorstellung muss anhand der Darstellung der dem Grenzgänger eigentümlichen und charakteristischen Merkmale erfolgen. Massgebend sind dabei diejenigen Voraussetzungen, mit deren Wegfall auch die Eigenheit dieses Status entfällt und die eine praktische Grenzziehung zu anderen Ausländergruppen ermöglichen.

1.2.1. Die natürliche Person

Als "Ausländer" im Sinne der schweizerischen Fremdenrechtsgesetzgebung werden diejenigen Menschen bezeichnet, die nicht im Besitze des Bürgerrechtes des Aufenthaltsstaates sind⁴. Da das

² Vgl. dazu die ausführliche Darstellung bei Ricq S. 21 ff.

³ So finden z. B. nur für den der rechtlichen Grenzgängerdefinition entsprechenden Ausländer die besonderen Normen der Zulassung sowie der Sozial- und Steuerabkommen Anwendung.

⁴ Vgl. Entwurf Art. 2 Abs. 1; Ruth N 22, 27; Thüner, Landesbericht, S. 1. Als "Fremdenrecht" kann das Sonderrecht bezeichnet werden, dem die Personen unterstellt sind, über die ein Staat keine Personalhoheit besitzt, vgl. dazu Macheret, Immigration, S. 12; Marti, HGF, S. 131; Moser, Ausländer,

Bürgerrecht nur natürlichen Personen verliehen werden kann, sind juristische Personen ausgeschlossen⁵. Somit fallen unter den Begriff des Grenzgängers nur natürliche, nicht auch juristische Personen.

1.2.2. Erwerbstätigkeit als einziges Motiv des Aufenthaltes

Ein wesentliches Merkmal des Grenzgängers liegt darin, dass er allein aufgrund der regelmässigen Beschäftigungsmöglichkeit⁶ oder der damit verbundenen Arbeitsbedingungen in einem anderen Staat um eine Aufenthaltsbewilligung nachsucht⁷. Zweck des Aufenthaltes ist daher die Erzielung eines regelmässigen Erwerbseinkommens. Zwar unabdingbar dient diese Voraussetzung für sich allein gesehen jedoch insofern nicht als Abgrenzungskriterium gegenüber anderen erwerbstätigen ausländischen Aufenthaltern, als auch deren Motivation in den meisten Fällen allein aus den erwarteten wirtschaftlichen Vorteilen besteht⁸. Ist der Arbeitserwerb aber als alleiniger Zweck des Aufenthaltes zu betrachten, so folgt daraus, dass Ausländer, welche ein Land aus anderen Gründen wiederholt betreten möchten, nicht als Grenzgänger einzustufen sind⁹.

S. 328 ff.; Rüegg S. 6.

⁵ Vgl. Macheret, Immigration, S. 70; Ruth N 26; Schiedermaier/Wollenschläger 2A N 37.

⁶ Möglich ist neben einer Voll- auch eine Teilzeitbeschäftigung; dazu Mohr S. 113 f. In früheren Zeiten sollte dadurch das landwirtschaftliche Einkommen ergänzt werden, vgl. Ricq S. 121.

⁷ In diesem Sinne Jeanneret/Maillat S. 108 ff., 169; Mohr S. 140 ff.; Schill S. 20; vgl. allgemein zu den Ursachen der Grenzgängerbewegung Ricq S. 112 ff., wobei v. a. die günstige Wirtschaftslage, das nahestehende Kulturgut sowie die günstige Lage bzw. die ausgebauten Verkehrswege und Transportmittel die Schweiz als bevorzugtes Einreiseland erscheinen lassen; Weber S. 2.

⁸ Vgl. Gnehm S. 34; Hagen S. 1; daneben gibt es aber auch erwerbstätige Ausländergruppen, deren Aufenthalt eine andere primäre Zwecksetzung zu Grunde liegt, z. B. Stagiaires, Asylanten oder Au-pair-Aufenthalter.

⁹ Als Grenzgänger nicht in Betracht fallen daher Ausländer, die nicht zu Erwerbszwecken einreisen, so z. B. Schüler und Studenten, Kurzaufenthalter oder Touristen.

doch darin zu erblicken, dass der Wochenaufenthalter einen Teil seiner Freizeit im Erwerbsstaat verbringt und damit die Beziehung zu den beiden Staaten nicht gleichzeitig im selben Masse ausschöpft wie der Grenzgänger. Durch die zeitliche Ausdehnung der Pendlerbewegung, bzw. den erweiterten Aufenthalt im Erwerbsstaat, nähert sich der Status des Wochenaufenthalters aber demjenigen des Saisonniers. Auch diese Ausländergruppe verbringt einen Grossteil ihrer Freizeit im Erwerbsstaat und kehrt regelmässig nach einer gewissen Zeit, der "Saison", an den Wohnsitz zurück, mit dem sie ebenfalls weiterhin verbunden bleibt. Es rechtfertigt sich daher, den Wochenaufenthalter nicht der Gruppe der Grenzgänger zuzuordnen¹², sondern ihn als weitere Sondergruppe der Aufenthalter zu bezeichnen, die im Bereich zwischen dem Grenzgänger- und dem Saisonnierstatus anzusiedeln ist.

1.2.4. Zusammenfassende Begriffsbestimmung des Grenzgängers in faktischem Sinn

In den bisherigen Ausführungen wurde versucht, die Grenzgänger als selbständige Ausländerkategorie von den übrigen sich in einem Staat aufhaltenden Fremden abzugrenzen, indem die für sie typischen Elemente hervorgehoben wurden. Daraus ergab sich der Begriff des "faktischen" Grenzgängers, unter dem eine natürliche Person zu verstehen ist, die sich ausschliesslich und regelmässig zum Zwecke der Erwerbstätigkeit und grundsätzlich nur während der dafür benötigten Zeit innerhalb eines Staates aufhält, die darüber hinausgehende Freizeit dagegen in einem anderen Staat verbringt¹³.

¹² Vgl. Weber S. 77; a. M. Schill S. 20.

¹³ In diesem Sinne auch Ricq S. 269, 429; Weber S. 2. Der Begriff des Grenzgängers darf daher nicht auf alle im Grenzbezirk ansässigen Einwohner erstreckt werden, so z. B. Brockhaus S. 604. Dafür ist der Begriff des "Grenzanwohners" zu verwenden.

1.2.3. Die regelmässige Anwesenheit in zwei Staaten

Als einziges relevantes praktisches Abgrenzungskriterium gegenüber allen anderen sich in der Schweiz befindlichen erwerbstätigen Ausländern kann jedoch die Tatsache angeführt werden, dass der Grenzgänger zu zwei Ländern eine gleichzeitig ausgeübte enge, in den meisten Fällen existentielle Beziehung unterhält. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, dass es im Bestreben des Ausländers liegt, sich grundsätzlich nur während der dafür notwendigen Zeit im Ausland aufzuhalten, während er seine Freizeit im Wohnsitzstaat zu verbringen gedenkt¹⁰. Daraus ergibt sich das allein dem Grenzgänger eigentümliche Erfordernis eines regelmässigen, grundsätzlich durch den Beginn und die Beendigung der Erwerbstätigkeit zeitlich bestimmten Pendelns zwischen Arbeits- und Wohnortsstaat. Nicht begriffsbestimmend ist hingegen das Erfordernis einer "täglichen Rückkehr", soweit sich das Arbeitsverhältnis regelmässig in einem anderen zeitlichen Rahmen, z. B. zweimal pro Woche, abspielt¹¹. Massgebend ist, dass die Tätigkeit regelmässig, d. h. während längerer Zeit in einem bestimmten Turnus erfolgt und daneben die Freizeit grundsätzlich im Wohnsitzstaat verbracht wird.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob Ausländer, die ihren Wohnsitz im Ausland haben, jedoch während der Werktage im Erwerbsstaat verbleiben (sog. "Wochenaufenthalter"), auch der Gruppe der Grenzgänger im tatsächlichen Sinne zuzuordnen sind. Betrachtet man die Stellung der Wochenaufenthalter, so weist diese offensichtlich Gemeinsamkeiten mit dem Grenzgängerstatus auf, indem auch hier neben der rein wirtschaftlichen Motivation eine feste Verankerung in zwei Staaten vorliegt bzw. eine regelmässige Hin- und Rückfahrt vorgenommen wird. Ein entscheidender Unterschied ist je-

¹⁰ Vgl. Moor/Hofstetter S. 33, der die Grenzgängerbewilligung als "droit de travailler...mais non...résider" charakterisiert; Ricq S. 382/3.

¹¹ Anders dagegen die rechtliche Qualifikation des Grenzgängers, vgl. vorne Abschnitt 1.3.2.2., S. 11.

Wird in den folgenden Ausführungen nicht auf einen speziellen Grenzgängerbegriff hingewiesen, so sind den Überlegungen die Voraussetzungen des faktischen Grenzgängers zu Grunde zu legen.

1.3. Definition des Grenzgängers in rechtlicher Hinsicht

1.3.1. *Rechtfertigung einer rechtlichen Sonderbehandlung der Grenzgänger*

Konnte bisher festgestellt werden, dass sich die Gruppe der Grenzgänger faktisch aufgrund bestimmter Kriterien von den anderen Ausländergruppen abgrenzen lässt, so ist damit noch nicht festgelegt, ob dies auch für den Rechtsbereich gelten soll. Rechtspolitisch gibt es insbesondere zwei Gründe, weshalb der Gruppe der Grenzgänger eine rechtliche Sonderbehandlung zuteil werden kann. Die aus älterer Zeit stammende und auch heute für den Rechtsbegriff des Grenzgängers noch entscheidende Begründung besteht darin, dass die durch politische Grenzziehungen erfolgte Trennung und eventuell sogar geschaffene Isolation gewisser Randgebiete ausgeglichen werden soll¹⁴. Die Arbeitskräfte in Grenzorten eines Landes wurden durch die Grenze gegenüber den übrigen Landesbewohnern einmal dadurch benachteiligt, dass ihnen in Richtung der Grenze ein Teil ihrer Bewegungsfreiheit und damit auch Erwerbsmöglichkeit genommen wurde¹⁵. Dies gilt in analoger Weise auch für die in der

¹⁴ Vgl. Strupp/Schlochauer S. 710; Witmer S. 31. Damit sollte auch Abwanderungen im Grenzgebiet entgegengetreten werden, Schöttli S. 82. Da jedoch der einheimische Arbeitsmarkt so weit wie möglich geschützt bleiben sollte, wurden die Privilegien nur einer kleinen Gruppe zugestanden, vgl. Ricq S. 390.

¹⁵ Je nach der Leistungsfähigkeit der Verkehrsmittel ist ein Kreis um den Wohnort zu ziehen, innerhalb welchem von potentiellen Arbeitsplätzen ausgegangen werden kann. Bei Grenzbewohnern verkleinert sich dieser Raum um das durch die Grenzziehung betroffene Segment. Mit zunehmendem Ausbau und fortgeschrittener Entwicklung der Verkehrsverhält-

Grenzzone angesiedelten Unternehmungen bezüglich des Arbeitskraftpotentials. Deswegen bestand die Gefahr, dass v. a. in Randgebieten eine industrielle Entwicklung ausblieb¹⁶. Hinzu kommt, dass die politische Grenzziehung oftmals nicht der kulturellen oder sprachlichen Grenze entspricht, so dass sich auch aus diesem Grunde eine rechtliche Sonderbehandlung aufdrängt. Dies war und ist auch heute noch der Ansatzpunkt der Festsetzung der Vorrechte der Grenzeinwohner gegenüber dem Nachbarstaat¹⁷.

Die zweite, erst in neuerer Zeit auftretende Begründung ergibt sich v. a. für Staaten, die der Ueberfremdungsgefahr und der Belastung der innerstaatlichen Infrastruktur vermehrte Aufmerksamkeit schenken. Unter diesem Aspekt sollte die Rechtsetzung die unterschiedlichen Einwirkungen, welche die Anwesenheit der verschiedenen Ausländerkategorien mit sich bringt, vermehrt berücksichtigen¹⁸. Die dem Grenzgängerstatus innewohnenden Eigenschaften erlauben es, einen nahezu optimalen Ausgleich zwischen den Interessen der Wirtschaft nach Arbeitskräften¹⁹ und der Abwehr einer allzu starken Einflussnahme und Belastung der Ausländer auf die schwei-

nisse wirkt sich dieser Nachteil aber geringer aus.

¹⁶ Die Grenzgänger stellen denn auch heute in den Grenzgebieten einen wesentlichen wirtschaftlichen Faktor dar, indem einige Unternehmungen ohne ihre Arbeit kaum mehr weitergeführt werden könnten. Vgl. dazu StenBull. NR 1965, 246; Jeanneret/Maillat S. 186; Ricq S. 143.

¹⁷ So v. a. bezüglich des Grenzübergangs und der Zollbestimmungen, d. h. dem sogenannten "kleinen Grenzverkehr".

¹⁸ Gl. M. Macheret, Immigration, S. 54/5; Moser, Ausländer, S. 378/9.

¹⁹ BBl. 1968 I 1216; 1965 I 652; 1964 II 1003. Nur der Vollständigkeit halber - ohne Vornahme einer Wertung (vgl. dazu Macheret, Législation, S. 277; Bericht SK S. 99) - sei in diesem Zusammenhang auch auf die vom Grenzgänger ausgehende "Pufferwirkung" in bezug auf die konjunkturelle Entwicklung des Arbeitsmarktes hingewiesen. So kann in Rezessionszeiten durch die Verweigerung der Verlängerung von Grenzgängerbewilligungen das inländische Stellenangebot erhöht werden, ohne dass gleichzeitig die Arbeitslosigkeit ansteigt, vgl. dazu Bericht SK S. 74; Jeanneret/Maillat S. 185, zur umgekehrten Interessenslage S. 109 ff.; Niederberger, S. 33, 52, kritisch dazu S. 109; Ricq S. 183 ff., insbesondere zum Zusammenhang zwischen der Arbeitslosenziffer und den Grenzgängerzahlen; Weber S. 64 ff. zur Interessenslage des Ausländers; kritisch in bezug auf die Effektivität Huber, Arbeitskräfte, S. 54.

zerischen Einrichtungen und Traditionen herzustellen. Im Gegensatz zu anderen Ausländergruppen ist beim Grenzgänger nicht zu befürchten, dass er die kulturelle Verbindung zu seinem Herkunftsland verliert und sich daher ganz seinem Arbeitsort zuwenden muss²⁰. Es steht weder im Bestreben des Grenzgängers noch besteht faktisch die Gefahr, dass er diese Brücken abbricht. Da er immer wieder zurückkehrt, bleibt er weiterhin mit dem Wohnsitzstaat verbunden. Ausserdem fällt die kulturelle Einwirkung der Grenzgänger gegenwärtig deshalb weniger ins Gewicht, weil wegen der allgemein durch den Arbeitsweg bewirkten örtlichen Einschränkung des Einzugsgebietes die soziologischen Unterschiede zumeist äusserst gering sind und der zusätzlich durch die Grenzgänger ausgeübte Einfluss gegenüber der sich allgemein aus der Nachbarschaft ergebenden Beziehung - man denke etwa an die heutigen Kommunikationsmittel von Presse, Fernsehen und Radio²¹ - als unwesentlich angesehen werden kann. Diese Betrachtungsweise spricht ebenfalls dafür, dem Grenzgänger grundsätzlich offener, d. h. bewilligungsfreundlicher entgegenzutreten. Allerdings deutet die neuere Entwicklung eher auf eine restriktivere Bewilligungspraxis hin, indem die Anforderungen an den Grenzgänger erhöht und die Zulassungsvorschriften verschärft werden sollen²².

Die rechtliche Normierung des Grenzgängerstatus hängt insofern von diesen rechtspolitischen Motivationen ab, als sie dem Privilegierungsgrund zu entsprechen haben. Steht dabei die ältere Begründung im Vordergrund, geht es primär darum, den Kreis der Berechtigten durch entsprechende Normen abzustecken, während im Falle des jüngeren Motivs die Bedeutung des Personenkreises in den Hintergrund rückt.

²⁰ Moser, Ausländer, S. 404/5.

²¹ Vgl. dazu Bericht SK, S. 129, 133 ff.

²² Vgl. dazu StenBull. NR 1983, 249 ff.; BBl. 1985 II 36, 1986 I 101.

1.3.2. Die rechtliche Erfassung der Grenzgänger

Wurden bis anhin die hervorstechenden Merkmale der Grenzgänger in tatsächlicher Hinsicht dargestellt, so geht es nun darum, zu bestimmen, an welche Voraussetzungen die Rechtsordnungen den Status der Grenzgänger knüpfen. Da in dieser Begriffsbestimmung neben der tatsächlichen Situation des Grenzgängers auch rechtspolitische Ueberlegungen miteinbezogen sind, können neben den bisher dargestellten Kriterien einige weitere hinzutreten. Da diese jedoch das Ergebnis eines politischen Entscheidungsprozesses sind, von der nationalen Rechtsordnung und den verschiedenen Rechtsgebieten abhängen und daher die mannigfaltigsten Formen anzunehmen vermögen, ist keine allgemeingültige Darstellung des Begriffes des Grenzgängers im rechtlichen Sinne möglich. So ist auch der in der Schweiz verwendete Rechtsbegriff des Grenzgängers nicht in allen Rechtsgebieten derselbe²³. Ziel der nachfolgenden Ausführungen ist es daher nicht, eine einzige massgebliche Rechtsdefinition abzugeben, sondern auf diejenigen Besonderheiten hinzuweisen, die in den verschiedenen Begriffsbestimmungen im schweizerischen Recht enthalten sind²⁴.

Den rechtlichen Definitionen liegen selbstverständlich die Charakteristika der tatsächlichen Begriffsbestimmung zu Grunde, so dass von den Erfordernissen der natürlichen Person, des alleinigen Motivs der Erwerbstätigkeit und des regelmässigen Aufenthaltes in zwei Staaten auszugehen ist²⁵. Gegenstand der folgenden Erläuterungen sind daher nur die darüber hinausgehenden Anforderungen.

²³ So sind z. B. die Begriffe im allgemeinen Fremdenrecht sowie im Sozial- und Steuerrecht unterschiedlich, vgl. Paetzold, Grenzgänger, S. 1.

²⁴ Für eine ausführlichere Begriffsdarstellung unter Berücksichtigung der europäischen Rechtsordnungen vgl. Ricq S. 20 ff.

²⁵ Siehe hinten Abschnitt 1.2., S. 2.

1.3.2.1. Zusätzliche örtliche Begriffselemente

Die Rechtsordnungen begnügen sich in der Regel nicht damit, dass sich Wohn- und Arbeitsort in zwei verschiedenen Staaten befinden. Vielmehr ist es notwendig, dass es sich um Personen aus dem Gebiet der Nachbarstaaten handelt. Nicht unter den Status der Grenzgänger fallen demzufolge Personen, die in einem Staat zu arbeiten gedenken, der nicht an ihren Wohnsitzstaat angrenzt.

Eine weitere übliche örtliche Einschränkung liegt darin, dass als Grenzgänger im rechtlichen Sinn nur Ausländer anerkannt werden, deren Wohn- und Arbeitsort sich jeweils in der Grenzzone der benachbarten Staaten befinden²⁶. Unter Grenzzone ist dabei eine in ihrer Grösse durch internationale Vereinbarungen²⁷ oder allein durch das innerstaatliche Recht bestimmte Fläche an der Grenze eines Staates zu verstehen, für welche rechtliche Sonderbestimmungen gelten. Die Ausdehnung der Grenzzone kann durch Aufzählung der betroffenen Regionen, durch Angabe einer Kilometerdistanz²⁸, die zu einem parallel zur Grenze verlaufenden Randgebiet führt, oder durch eine Verbindung dieser beiden Systeme²⁹ erfolgen. Da die Grenzzone ein Bestandteil der rechtlichen Definition des Grenzgängers sein kann, bewirkt deren unterschiedliche Regelung auch differierende Begriffsbestimmungen des Grenzgängerstatus³⁰.

²⁶ Vgl. Art. 23 Abs. 2 und 3 BVO sowie die Mehrzahl der Staatsverträge v. a. im Bereich des Sozial- und Steuerrechtes (siehe dazu die Ausführungen vorne Abschnitt 7., S. 199, und 8.2.3.1., S. 221). Auch in der h. L. wird der Einbezug der Grenzzone bei der Begriffsbestimmung meistens übernommen, vgl. Brockhaus S. 600; Fehr N 1.19; Gemeinde S. 43; Hofstetter S. 62; Paetzold, Grenzgänger, S. 1; Pfanner S. 85; anders dagegen Moser, Ausländer, S. 404 f.

²⁷ Witmer S. 29.

²⁸ Dabei wird von der kürzesten Distanz, d. h. dem Abstand senkrecht zur Grenze, ausgegangen, vgl. Paetzold, Grenzgänger, S. 29 sowie die Regelung im zürcherischen Steuerrecht in OS 48, S. 57 Ziff. 2.

²⁹ Vgl. BIGA S. 80; zu den Bestimmungen mit unseren Nachbarstaaten siehe vorne Abschnitt 3.2.1.4., S. 96.

³⁰ Gerade in bezug auf die Grenzzone variieren die Grenzgänger-Definitionen innerhalb der Rechtsquellen erheblich.

Aus dem Zweck der Festlegung von Grenzzonen, nämlich der distanzmässigen Limitierung des nachbarlichen Grenzerwerbsverkehrs³¹, ergibt es sich weiter, dass Wohn- und Arbeitsort nicht nur in der Grenzzone, sondern stets "benachbart", d. h. innerhalb einer begrenzten Oertlichkeit, liegen müssen³². Wie empirische Nachforschungen jedoch ergeben haben, bestehen bezüglich des Ausmasses der "Nachbarschaft" erhebliche Unterschiede³³.

1.3.2.2. *Zusätzliche zeitliche Begriffselemente*

Im Grunde genommen ergibt sich schon daraus, dass sich der Grenzgänger nur zu Erwerbszwecken regelmässig in der Schweiz aufhält, dass er ausserhalb dieser Termine in seinen Wohnsitzstaat zurückkehrt. In den verschiedenen Rechtsordnungen finden sich nun aber unterschiedliche Auffassungen darüber, innerhalb welcher zeitlicher Intervalle der Ausländer die Grenze zu überqueren hat, damit ihm noch der Status eines Grenzgängers zugesprochen werden kann. Die rechtliche Begriffsbestimmung erhält daher, sofern dieses Element miteinbezogen wird, eine weitere Variationsmöglichkeit. Gebräuchlich ist i. d. R. die Festlegung von täglichen oder eine Mindestanzahl von Grenzüberschreitungen innerhalb einer gewissen Zeitspanne³⁴.

³¹ Mit dem Erfordernis der Grenzzone wird, je nachdem, welcher der beiden hinten (Abschnitt 1.3.1., S. 6) dargelegten Rechtfertigungsgründe im Vordergrund steht, ein anderes Ziel verfolgt. Dominiert in der älteren Auffassung der Gedanke der Abgrenzung des privilegierten Personenkreises, soll im Sinne des neueren Motivs gesichert sein, dass dem Grenzgänger die Rückreise keine Schwierigkeiten bereitet, so dass er nicht in Versuchung gerät, von einer solchen abzusehen.

³² So wäre es fragwürdig, wenn sich Arbeits- und Wohnort zwar in der Grenzzone befinden, die Distanz zwischen diesen Orten jedoch höher wäre als das Ausmass der zugelassenen Grenzzone. Vgl. dazu die weiteren Ausführungen vorne Abschnitt 3.2.1., S. 90.

³³ Vgl. Paetzold, Grenzgänger, S. 4 f.

³⁴ Vgl. Art. 23 BVO; Bendel, SZS 1980, S. 16: "...täglich oder 'doch mit genügender Häufigkeit'."; Gemeinde S. 43: "...jeden Abend."; Fehr S. 21: "...täglich."; Moser,

1.3.2.3. *Zusätzliche persönliche Begriffselemente*

In gewissen Bestimmungen wird die Unterstellung unter den Grenzgängerstatus von persönlichen Eigenschaften abhängig gemacht. Eine Möglichkeit besteht darin, den Begriff des Grenzgängers an eine bestimmte Staatszugehörigkeit anzuknüpfen, so dass faktische Grenzgänger anderer Staaten nicht als Grenzgänger im Sinne der Rechtsnorm angesehen werden³⁵.

Ein weiteres persönliches Begriffselement verwendet Art. 1 des Abkommens mit Frankreich über den kleinen Grenzverkehr vom 15. April 1958³⁶, in welchem der gute Leumund des Ausländers mit- einbezogen ist. Da jedoch allgemein grundsätzlich vor jeder Bewilligungserteilung dem bisherigen Verhalten eines Ausländers Rechnung getragen werden sollte³⁷, scheint es zweifelhaft, diese Voraussetzung als spezielles Begriffselement zu verwenden.

1.3.3. *Zusammenfassende Bemerkungen zum Rechtsbegriff des Grenz- gängers*

In der schweizerischen Rechtsordnung sind die "faktischen Grenzgänger" dem Grundsatz nach als Sondergruppe innerhalb der

Ausländer, S. 404: "...in der Regel jeden Tag.."; Ricq S. 7: "...jeden Tag oder jede Woche..", vgl. aber zur Problematik des Wochenaufenthalters hinten Abschnitt 1.2.3., S. 4. Der Begriff der "täglichen" oder gar "abendlichen Grenzüberschreitung" erscheint jedoch als zu eng; besser wäre es, das zeitliche Element in der Weise festzulegen, dass die Rückreise anzutreten sei, sobald die Erwerbstätigkeit die Anwesenheit nicht mehr erfordert. Dadurch würden auch diejenigen Grenzgänger erfasst, die nicht täglich in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachgehen.

³⁵ Dieses Begriffselement ist in verschiedenen Staatsverträgen, insbesondere im Sozialversicherungsrecht üblich, dazu vorne Abschnitt 8.2.3.1., S. 221; zur innerstaatlichen Bedeutung siehe vorne Abschnitt 3.2.3., S. 102.

³⁶ SR 0.142.113.498 = AS 1986, 446; vgl. dazu auch Art. 3 Abs. 3 der Vereinbarung mit Liechtenstein vom 6. November 1963 (SR 0.142.115.142 = AS 1964, 1).

³⁷ Vgl. dazu die Ausführungen vorne Abschnitt 3.3.4., S. 121.

sich in der Schweiz aufhaltenden Ausländer anerkannt. Aufgrund der Beibehaltung des Wohnsitzes im Ausland wird ihnen in verschiedener Hinsicht, einerseits um die ihnen aus ihrer Situation erwachsenden Nachteile zu verhindern oder auszugleichen, andererseits mit Blick auf die gegenseitigen Interessen zwischen dieser Ausländergruppe und der Schweiz, eine Vorzugsstellung eingeräumt. Da diese jedoch aus rechtspolitischen Ueberlegungen nur einem Teil der "faktischen Grenzgänger" zuteil werden soll, wird der Rechtsbegriff nicht allein entsprechend der in der Realität charakteristischen Merkmale der Grenzgänger gefasst, sondern es werden weitere örtliche, zeitliche und persönliche Begriffselemente beigefügt. Nur sofern der "faktische Grenzgänger" auch diese Voraussetzungen erfüllt, wird er von der Rechtsordnung als Grenzgänger anerkannt. Ansonsten ist er als "gewöhnlicher" Ausländer³⁸ anzusehen, für den die allgemeinen Bestimmungen ohne Rücksicht auf seine besondere tatsächliche Situation gelten. Wollte man trotz dieser Sachlage eine, wenn auch auf einer sehr hohen Abstraktionsebene stehende, einheitliche Definition des Grenzgängers im rechtlichen Sinn herausarbeiten, so käme man etwa auf folgende Begriffsbestimmung: Unter einem Grenzgänger im Rechtssinne ist eine natürliche Person zu verstehen, die sich aufgrund der regelmässigen Erwerbsmöglichkeit in einen Staat aufhält, dagegen in einem anderen Staat Wohnsitz hat und die besonderen für ein bestimmtes Rechtsgebiet durch die anwendbare Rechtsordnung aufgestellten örtlichen, zeitlichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllt.

³⁸ Als solcher hat er nach einer anderen im Gesetz vorgesehenen Bewilligungsart nachzusuchen. In Frage kommt, wenn auch nicht sachgerecht, eine Jahresaufenthaltsbewilligung. Eine weitere praktizierte Möglichkeit besteht darin, einem faktischen Grenzgänger eine Kurzaufenthaltsbewilligung zu erteilen, bis er die Voraussetzungen zur Abgabe einer Grenzgängerbewilligung besitzt.

2. RECHTSQUELLEN ZUM GRENZGAENGERSTATUS

2.1. Die Regelung in der Bundesverfassung

Die grundsätzlich zwingende³⁹ Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen bezüglich einzelner Sachgebiete ist geprägt durch das in Art. 3 BV verwirklichte System der Enumeration von Bundeskompetenzen⁴⁰, aufgrund dessen der Bund grundsätzlich nur dann eine Kompetenz für sich beanspruchen kann, wenn ihm eine solche durch die Bundesverfassung überantwortet wurde. Ausgehend von diesem Grundsatz ist zu prüfen, wie die Zuständigkeitsordnung auf dem Gebiete des Fremdenrechts und im besonderen gegenüber Grenzgängern ausgestaltet ist.

2.1.1. Die Verankerung des Ausländerrechtes in der Bundesverfassung

Bis 1914 oblag grundsätzlich den Kantonen die Kompetenz zur Ausgestaltung des Fremdenrechtes. Lediglich in Art. 70 BV wurde dem Bund die Möglichkeit zugestanden, Fremde, welche die innere oder äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft gefährdeten, aus dem schweizerischen Gebiet auszuweisen. Mit der Kompetenz zum Abschluss von Niederlassungsverträgen (Art. 8 BV) stand dem Bund aber schon damals ein Mittel zur Regelung fremdenpolizeilicher Ange-

³⁹ Vgl. Fleiner/Giacometti S. 65 ff.; Giacometti, SJZ 1934/5, S. 261; Hangartner, Bd. 1, S. 67 f.; ders., Kompetenz, S. 61. Während dies für die Uebertragung von Kantonskompetenzen an den Bund ausnahmslos gilt, wird dem Bund gemäss h. L. eine Delegation an die Kantone in gewissem Ausmass gestattet, vgl. Aubert, Traité I, N 709; Hangartner, Bd. 1, S. 72/3; ders., Kompetenz, S. 144 ff.; Häfelin/Haller N 345.

⁴⁰ Vgl. Burckhardt S. 14; Fleiner/Giacometti S. 66 f.; Häfelin/Haller N 263; Hangartner, Bd. 1, S. 65 f.; ders., Kompetenz, S. 58 ff.

legenheiten zur Verfügung, welches er im Sinne der internationalen Freizügigkeit stark ausschöpfte⁴¹.

Die Zuwanderungswelle von Ausländern zu Beginn des 20. Jahrhunderts⁴² und die politische Lage führten dann aber dazu, dass der Bund eine allgemeine Kompetenz bezüglich der Fremdenrechtsgesetzgebung anstrebte. Hatte der Bundesrat dank dem Vollmachtenbeschluss vom 3. August 1914⁴³ die Möglichkeit, auf diesem Gebiet rechtsetzend tätig zu werden⁴⁴, wurde jedoch mit Aufhebung des Kriegsrechts den erlassenen Verordnungen formell die Legitimation entzogen⁴⁵. Der Verfassungsgeber stand vor der Wahl, ob er die bisherige, durch das Notrecht geschaffene Kompetenzordnung und die damit verbundene Rechtsetzung beibehalten sollte oder ob die Zuständigkeit den Kantonen zurückzuübertragen sei⁴⁶. Im Bestreben nach einer minimalen Einheitlichkeit zu Gunsten der Ausländer und der Durchsetzung gesamtschweizerischer Interessen - speziell dem Kampf gegen Ueberfremdung und Arbeitslosigkeit - entschied er sich für die bestehende Ordnung. Daher musste die Zuständigkeit des Bundes in der Verfassung verankert werden. Dies geschah mit der Verfassungsrevision vom 25. Oktober 1925⁴⁷, bei

⁴¹ BBl. 1914 III 475 ff.; StenBull. StR 1924, 285/6. Im Jahre 1910 gehörten z. B. ca. 98 % der in der Schweiz niedergelassenen Ausländer Staaten an, mit denen die Schweiz einen Niederlassungsvertrag abgeschlossen hatte.

⁴² Allgemein zur geschichtlichen Entwicklung der Einwanderung vgl. Auque, S. 84 ff.; Thüner, Landesbericht, S. 9 ff.

⁴³ AS 30, 347 ff.; vgl. allgemein zur Problematik der Vollmachtenbeschlüsse Aubert, Traité I, N 1539 ff.; Fleiner/Giacometti S. 786 ff.; Häfelin/Haller N 1020.

⁴⁴ Vgl. VO vom 30. Juni 1916 (AS 32, 219); VO vom 21. November 1917 (AS 33, 959); VO vom 17. November 1919 (AS 35, 939); VO vom 29. November 1921 (AS 37, 825); dazu auch Moser, Ausländer, S. 358; Macheret, Immigration, S. 20 N 30 sowie deren ausführliche Darstellung bei Lamercy S. 8 ff.

⁴⁵ Vgl. Ruth N 19.

⁴⁶ BBl. 1924 II 498; StenBull. StR 1924, 286/7, NR 1925, 402; Lamercy S. 83; Macheret, Immigration, S. 20. Dem Bund stand anerkanntermassen die Ausländergesetzgebung bis anhin verfassungsrechtlich nicht zu. Die allenfalls als Grundlage dienenden Verfassungsartikel beziehen sich wie Art. 45 und 47 nur auf Schweizer oder erfassen, wie Art. 70 und 102 Ziff. 8 und 9, nur einen kleinen Teilbereich, vgl. BBl. 1924 II 493; Macheret, Immigration, S. 9.

⁴⁷ BBl. 1925 III 14.

der in Art. 69 ter BV die Kompetenz des Bundes im Fremdenrecht festgelegt wurde⁴⁸.

Im Hinblick auf die oben genannte Zweckvorstellung des Verfassungsgebers kann kein Zweifel darüber bestehen, dass sich diese Kompetenznorm auch auf die Grenzgänger bezieht. Dies ergibt sich, der grammatikalischen Auslegung zufolge, auch dadurch, dass unter den Begriff des "Ausländers" jede natürliche Person zu subsumieren ist, der die schweizerische Staatsbürgerschaft fehlt und daher auch der ausländische Grenzgänger als davon erfasst zu betrachten ist.

2.1.2. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Gemäss Art. 69 ter Abs. 1 BV steht "die Gesetzgebung über Ein- und Ausreise, Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer" dem Bunde zu⁴⁹. Trotz dieser enumerativen Formulierung ist in der h. L. unbestritten, dass diese Verfassungsnorm der Zentralbehörde eine Kompetenz zuweist, die es ihr ermöglicht, auf dem ganzen Gebiet des Fremdenrechts gesetzgeberisch tätig zu werden⁵⁰. So lässt sich auch aus den Verhandlungen der Räte ersehen, dass die Bundeskompetenz nicht nur auf die Zulassungspolitik beschränkt wurde,

⁴⁸ Vgl. allgemein zur geschichtlichen Entwicklung des Fremdenrechts BBl. 1924 II 494 ff.; 1978 II 172 ff.; Arbeitsgemeinschaft S. 6 ff.; Bericht SK S. 11 ff., 39 ff.; Eriksson S. 35 ff.; Hagmann S. 19 ff.; Hoffmann-Nowotny/Killias S. 170 ff.; Jeanneret/Maillat S. 17 ff.; Kammermann, Familiennachzug, S. 60 ff.; Macheret, Immigration, S. 20 ff.; Marti, HGF, S. 1 ff.; Moser, Ausländer, S. 357 ff.; Ronzani S. 836 ff.; Rüegg S. 8 ff.; Ruth N 1 ff.; Thürer, Landesbericht, S. 9 ff.; im speziellen bezüglich der Grenzgänger Ricq S. 121 ff.

⁴⁹ Es handelt sich dabei um eine nachträglich derogatorische Gesetzgebungskompetenz; vgl. dazu Aubert, Traité I, N 702; Macheret, Immigration, S. 89 f.; Pfanner S. 63 N 4; Ruth N 40; zu diesem Begriff Fleiner/Giaccometti, S. 100 f.; Häfelin/Haller N 296; Hangartner, Kompetenz, S. 184 ff.; Sträuli S. 70 ff.

⁵⁰ BBl. 1979 III 611; Macheret, Immigration, S. 89 f.; Pfanner S. 63 f.; Wüthrich N 21.

obwohl diese damals im Vordergrund stand. Der Bund kann daher v. a. im Interesse der Ueberfremdungsbekämpfung und des Schutzes des einheimischen Arbeitsmarktes Normen über die Zulassung von Fremden aufstellen. Diese sollen zudem den Ausländer davor schützen, dass er "einer Zwickmühle von 25 (heute 26⁵¹) kantonalen Rechten ausgeliefert" ist⁵². Daneben kann der Bund aber auch den Anwesenheitsstatus des Ausländers regeln⁵³.

Umstritten ist dagegen die Frage, welches Ausmass die Bundesgesetzgebung annehmen darf. Der Ansicht Burckhardts⁵⁴, es handle sich nur um eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz, kann heute mit der h. L. nicht mehr gefolgt werden⁵⁵. Dennoch machen einige Autoren unter Hinweis auf das Vollzugsrecht der Kantone⁵⁶ zu Recht darauf aufmerksam, dass der Bundesgesetzgebung gewisse Grenzen gezogen sind⁵⁷. Einerseits darf sie nicht so ausgestaltet werden, dass dadurch der Kanton zur Bewilligungserteilung verpflichtet ist⁵⁸. Sowohl im Entwurf des Bundesrates wie auch in den Verhandlungen der Räte wurde dies stets ausdrücklich hervorgehoben⁵⁹. Dieses bisher unproblematische und unbestrittene Aufzwin-

⁵¹ Anmerkung des Verfassers.

⁵² BBl. 1924 II 498; vgl. auch Lambercy S. 103. Eine uneinheitliche Zulassungspolitik könnte darüber hinaus zu Gegenmassnahmen des Auslandes gegenüber Auslandschweizern führen, BBl. 1924 II 509.

⁵³ StenBull. StR 1924, 297 (V Wettstein); StenBull. NR 1925, 413/4; Sträuli S. 21.

⁵⁴ Burckhardt S. 624.

⁵⁵ Vgl. dazu BBl. 1979 III 611; Aubert, *Traité I*, Nr. 702; Bericht SK S. 39; Macheret, *Immigration*, S. 89 f.; Lambercy S. 101 ff. m. w. H.; Pfanner S. 63 f.; Wüthrich N 21.

⁵⁶ Vgl. dazu nachfolgend Abschnitt 2.1.3., S. 20.

⁵⁷ So Lambercy S. 103 f.; Moser, *Ausländer*, S. 364 f.; vgl. dazu auch die zurückhaltende Meinung des Bundesrates in BBl. 1924 II 514.

⁵⁸ Eine Ausnahme hierzu stellt hingegen das Asylrecht dar, vgl. BBl. 1924 II 513 f.; StenBull. NR 1925, 403, 410; Hofstetter S. 65; Moser, *Ausländer*, S. 418.

⁵⁹ BBl. 1924 II 508; StenBull. SR 1924, 287 (V Hildebrand), 293 (V Böhi); vgl. dazu auch Burckhardt S. 625; Lambercy S. 111 ff.; Macheret, *Immigration*, S. 92; Moser, *Ausländer*, S. 318.

derbewilligungen des BIGA⁶⁰ und der Problematik des Familiennachzuges⁶¹ zu Diskussionen Anlass geben⁶². Andererseits muss es dem Bund verwehrt sein, durch eine zu ausführliche Gesetzgebung in die Vollzugshoheit der Kantone einzugreifen und diese zu reinen Befehlsempfängern zu degradieren⁶³. Den kantonalen Behörden muss v. a. dort, wo es um die Berücksichtigung besonderer kantonalen, lokaler

⁶⁰ Gemäss Art. 15, 19, 21 und 22 Abs. 2 BVO kann das BIGA ausserhalb der kantonalen Kontingente Aufenthaltsbewilligungen erteilen. Der zustimmenden Verfügung des BIGA konnte der Kanton gemäss Art. 20 Abs. 3 der BVO von 1983 (AS 1983, 1446) e contrario keine wirtschaftlichen Erwägungen mehr entgegenhalten. Daran sollte mit der Revision wohl kaum etwas geändert werden. Sofern gegenüber dem Ausländer keine anderen, insbesondere polizeilichen Hinderungsgründe vorgebracht werden können, wird der Kanton damit zur Aufnahme verpflichtet. Obwohl diesem Fall in der Praxis keine grosse Bedeutung zukommt, ist diese BIGA-Kompetenz verfassungsrechtlich als zweifelhaft zu betrachten; gl. M. Marti, HGF, S. 138; Moser, Ausländer, S. 365 f.; Pfanner S. 117.

⁶¹ Mit der Erfüllung der bundesrechtlichen Voraussetzungen hat die Familie - zu der grundsätzlich der Ehegatte und die Kinder unter 18 Jahren zu zählen sind (Art. 17 Abs. 2 ANAG) - einen Anspruch auf die Erteilung einer Anwesenheitsbewilligung. Solche für die Kantone verbindliche Aufnahmepflichten ergeben sich heute aus Art. 17 Abs. 2 ANAG (hingegen nicht aus Erlassen niedrigerer Stufe, vgl. BGE 111 Ia 3; Pfanner S. 128), aus bilateralen (z. B. Art. 13 des Abkommens mit Italien vom 10. August 1964, SR 0.142.114.548) oder multilateralen Vereinbarungen (so deutet z. B. die Rechtsprechung der europäischen Kommission für Menschenrechte darauf hin, dass Art. 8 EMRK unter gewissen Umständen verletzt sein könne, wenn ein Ausländer durch die Verweigerung einer Einreise- oder Aufenthaltserlaubnis von seinen im Aufenthaltsstaat lebenden nahen Verwandten getrennt werde, vgl. EuGRZ 1983 S. 215; BGE 111 Ia 4; 109 Ib 186; Hailbronner N 341; Koller, EMRK, S. 513; Thürer, Familientrennung, S. 596 ff.). Im Bereich des Familiennachzuges wurden die Kantone damit teilweise zu reinen Befehlsempfängern, vgl. Kammermann, Familiennachzug, S. 80.

⁶² Eine derartige Verpflichtung der Kantone kann sich aber auch aus den abgeschlossenen Staatsverträgen ergeben, so v. a. bezüglich der Verlängerung von Bewilligungen oder zum Stellen- oder Berufswechsel, siehe vorne Abschnitt 4.2.5., S. 151 und 4.3.2., S. 157. Da die Staatsvertragskompetenz grundsätzlich unabhängig von der speziellen Aufgabenverteilung in der Verfassung ist, kann dem Bund diesbezüglich das Aufzwingungsverbot nicht entgegengehalten werden. Kritik aus kantonalen Sicht in Stiftung 1979 S. 17.

⁶³ Gl. M. Hangartner, Kompetenz, S. 111/2; Macheret, Immigration, S. 88: "Selon la lettre et l'esprit de la Constitution les cantons devraient rester les centres nerveux de l'appréciation et de la décision."; Moser, Ausländer, S. 365, insbesondere zur kantonalen Autonomiegefährdung durch eine zu erschöpfende Gesetzgebung und durch die Verwaltung, hingegen nicht durch die Rechtskontrolle (S. 367); Schweizer, Vollzug, S. 7.

oder kommunaler Interessen geht, ein Ermessensspielraum überlassen bleiben; insofern scheint es angebracht, die Gesetzgebungskompetenz des Bundes als eingeschränkt zu bezeichnen⁶⁴.

2.1.3. Die Vollzugskompetenz der Kantone

Gemäss h. L. steht dem Bund als Gesetzgeber auch die Vollzugskompetenz zu, soweit die BV nichts anderes bestimmt⁶⁵. Wie der Entstehungsgeschichte des Art. 69 ter BV entnommen werden kann, sollte den Kantonen das Ausländerwesen jedoch nicht gänzlich entzogen werden⁶⁶. Die Fassung von Art. 69 ter BV legt deshalb ausdrücklich fest, dass die Vollzugskompetenz im Gegensatz zur Gesetzgebung grundsätzlich den Kantonen belassen bleibt⁶⁷. Dem Bund wird gemäss Art. 69 ter Abs. 2 lit. a-d BV lediglich dann ein Vetorecht gegenüber kantonalen Entscheidungen⁶⁸ vorbehalten, wenn es sich um eine kantonale Bewilligung für länger dauernden Aufenthalt, um eine Niederlassungs- oder Toleranzbewilligung oder um eine kantonale Ausweisung aus dem Gebiet der Eidgenossenschaft handelt sowie bei der Beurteilung von Verletzungen von Niederlassungsverträgen; bei Asylfällen wird ihm demgegenüber durch das Aufzwingungsrecht ein verstärktes Mitspracherecht eingeräumt⁶⁹.

⁶⁴ Zu Recht daher Lamercy S. 104: "...l'art 69 ter Cst. permet à la Confédération d'édicter une réglementation qui se situe entre la législation exhaustive et la législation limitée aux principes."

⁶⁵ Vgl. Aubert, *Traité I*, N 728; Fleiner/Giacometti S. 79 N 58, 105; Häfelin/Haller N 339; Hangartner, Bd. 1, S. 71; ders., *Kompetenz*, S. 111; Sträuli S. 25 ff.

⁶⁶ BBl. 1924 II 514; StenBull. NR 1925, 403; StR 1924, 289 und 298.

⁶⁷ Es ist aber auch darauf hinzuweisen, dass die Kantone in gewissen Fällen froh sind, die endgültige Entscheidung den Bund treffen lassen zu können, vgl. Macheret, *Immigration*, S. 98.

⁶⁸ Ein kantonaler Entscheid ist Grundlage des Bundesvetos, vgl. Pfanner S. 64.

⁶⁹ BBl. 1924 II 508, 514; vgl. zu den einzelnen Fällen Lamercy S. 110; Moser, *Ausländer*, S. 363 f.; Macheret, *Immigration*, S. 91. Wird eine solche Bewilligung ohne Genehmigung des Bundes erteilt, ist sie nichtig, vgl. Macheret, *Immigration*,

Eine besondere Betrachtung bedarf von diesen ausdrücklich genannten Vollzugskompetenzen des Bundes in bezug auf die Grenzgänger nur das Mitwirkungsrecht des Bundes bei "längerdauerndem Aufenthalt".

In seiner Botschaft beschränkte der Bundesrat das endgültige Entscheidungsrecht des Bundes im Zulassungsverfahren noch auf die Niederlassungs- und Toleranzbewilligung⁷⁰. Dabei wurde unter dem Begriff der "Niederlassung" jede Anwesenheit auf Schweizerboden mit der Absicht auf dauerndes Verbleiben verstanden⁷¹. Da der Bundesrat grundsätzlich jede Erwerbstätigkeit als "regelmässig mit Niederlassungswillen verbunden" betrachtete, beanspruchte der Bund anlässlich der Bewilligungserteilung an erwerbstätige Ausländer stets ein Vetorecht für sich⁷². Diese Betrachtungsweise trifft aber im Falle des Grenzgängers nicht zu, da seine Beschäftigung in der Schweiz offensichtlich nicht mit einem Niederlassungswillen verbunden ist. Folgt man den Ausführungen des Bundesrates, wonach, "solange der Ausländer nicht Anstalten macht, sich ansässig zu machen", die Kantone freie Hand hätten⁷³, so steht dem Bund bei der Erteilung von Grenzgängerbewilligungen kein Vetorecht zu. Keiner der Gründe⁷⁴, aufgrund derer dem Bund eine Vollzugskompetenz zugesprochen wurde, rechtfertigt eine Unterstellung der Grenzgänger unter das Zustimmungsrecht.

Nun könnte aus der Formulierung "für länger dauernden

S. 92.

⁷⁰ BBl. 1924 III 516; vgl. dazu Niederberger S. 26.

⁷¹ StenBull. NR 1924, 409 (V Schwander).

⁷² BBl. 1924 II 508; vgl. dazu Pfanner S. 65, dessen Verallgemeinerung sich aber nicht auf die Grenzgänger anwenden lässt; Hofstetter S. 64 N 17; Eriksson S. 159 f.

⁷³ BBl. 1924 II 508; vgl. dazu auch StenBull. SR 1930, 337: "...l'étranger en séjour compte peu dans cette surpopulation..."; Eriksson S. 165; Marti, HGF, S. 137; Ruth N 31, 91.

⁷⁴ Das Mitwirkungsrecht des Bundes wurde mit der Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz, einer ausgesprochenen Ueberfremdungsgefährdung oder der Wirkung eines kantonalen Entscheides über dessen Gebiet hinaus begründet, vgl. Hofstetter S. 63/4; Moser, Ausländer, S. 418; Pfanner S. 65; Ruth N 31.

Aufenthalt" geschlossen werden, dass zumindest bei einer längeren Grenzgängertätigkeit eine Bundesgenehmigung notwendig sei. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Ausdehnung auf den "länger dauernden Aufenthalt" erst in den Ratsverhandlungen eingefügt wurde, um damit allfälligen Umgehungsmöglichkeiten der Niederlassungsvorschriften Vorschub leisten zu können⁷⁵. Eine Umgehung der Niederlassungsvorschriften ist aber beim Grenzgänger gerade nicht zu befürchten. Ausserdem ist aufgrund des Ausnahmecharakters von Art. 69 ter Abs. 2 lit. a-d BV gegenüber dem grundsätzlichen Entscheidungsrecht der Kantone diese Bestimmung zu Gunsten der Kantone restriktiv auszulegen, da ansonsten ohne weiteres der Kerngehalt der Norm - die grundsätzliche Vollzugskompetenz der Kantone - ausgehöhlt werden könnte⁷⁶. Daher muss das endgültige Entscheidungsrecht in bezug auf die Grenzgänger verfassungsrechtlich sowohl bei kurzfristiger Bewilligungserteilung, als auch bei (mehrfacher) Verlängerung allein den kantonalen Behörden belassen bleiben⁷⁷.

⁷⁵ Damit sollte aber der Grundgedanke der Regelung nicht abgeändert werden, vgl. Burckhardt S. 623; StenBull. StR 1924, 296, (V Hildebrand); NR 1925, 409 und 415; vgl. dazu auch das Votum des damaligen Bundesrates Häberlin in StenBull. StR 1924, S. 298: "Wir sollen nicht mehr für den Bund beanspruchen, als wir tatsächlich notwendig haben... Aber wenn man aufmerksam wird, dass der Fremde sich festsetzen will, dann wollen wir das Recht haben, gegen Umgehungsversuche von Fremden oder ihren Helfershelfern einzuschreiten.". Die strengere Kontrolle der Niederlassungsbewilligung wird auch damit begründet, dass diese nicht nur den einzelnen Kanton, sondern das ganze Territorium der Schweiz betrifft, vgl. Art. 14 Abs. 4 ANAV.

⁷⁶ Mit dieser Ermessenseinräumung wurde bewusst auch eine gewisse Uneinheitlichkeit in Kauf genommen, BB1. 1924 II 507; StenBull NR 1925, 415. Vgl. demgegenüber die Ablehnung eines Minderheitsantrages, der alle kantonalen Entscheide über länger dauernde Aufenthalte, also auch der ablehnenden, der endgültigen Entscheidung des Bundes unterstellen wollte, StenBull. NR 1925, 408, insbesondere 411 (V Höpli).

⁷⁷ Gl. M. Bericht SK S. 44; Hofstetter S. 62. In diesem Sinne auch die abstrakte Darstellung des endgültigen Entscheidungsrechtes des Bundes bei Kammermann, Familiennachzug, S. 80. Der Bund ist denn auch bis heute in der Regelung des Grenzgängerstatus äusserst zurückhaltend geblieben, vgl. Art. 52 BVO, ebenso Entwurf Art. 68 Abs. 1 lit. f.

2.2. Rechtsetzung der Legislative und der Exekutive zum Grenz- gängerstatus

2.2.1. Die rechtliche Erfassung des Grenzgängers durch den Bun- desgesetzgeber

Gestützt auf die Verfassungsgrundlage von Art. 69 ter BV erliess der Bundesgesetzgeber am 26. März 1931 das "BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer" (=ANAG)⁷⁸. Dabei hielt man an der im Zusammenhang mit der Verfassungsrevision vertretenen Auffassung, dass die "fremdenpolizeilichen Entscheide zumeist oder doch in sehr grossem Masse dem pflichtgemässen, behördlichen Ermessen anheimgestellt" bliebe, fest⁷⁹. Es war daher im Zeitpunkt seiner Entstehung unbestritten, dass es nur als Rahmengesetz⁸⁰ ausgestaltet werden sollte⁸¹. Dieser Zustand, insbesondere die damit verbundene Lückenfüllung durch Erlasse unterer Behörden, wird in der h. L. heute zu Recht stark kritisiert⁸² und sollte durch das Ausländergesetz vom 19. Juni 1978 geändert werden⁸³. Die Verwerfung dieses Gesetzes durch Volk und Stände am 6. Juni 1982⁸⁴

⁷⁸ Eine grössere Teilrevision fand am 21. März 1949 statt. Dabei sollte einerseits das im 2. Weltkrieg erlassene Vollmachtenrecht ebenfalls in die ordentliche Gesetzgebung eingefügt und andererseits die zeitlich bedingten Anpassungen vorgenommen werden, vgl. BBl. 1948 I 1293.

⁷⁹ BBl. 1924 II 498. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch Art. 4 ANAG zu sehen, der den entscheidenden Behörden ein weites Ermessen zugesteht.

⁸⁰ Zum Begriff des Rahmengesetzes vgl. Saladin, Rahmengesetz, S. 508 ff.

⁸¹ BBl. 1924 II 498, 1929 I 922, 1978 II 169; Eriksson S. 23; Hofstetter S. 17/8, der es sogar als Blankogesetz bezeichnet. Macheret, Immigration, S. 23; Moser, Ausländer, S. 360/1; a. M. Niederberger S. 30.

⁸² Vgl. Bois S. 68 Ziff. 10; Hofstetter S. 20; Macheret, Immigration, S. 18 ff.; ders., Législation, S. 270; Moser, Ausländer, S. 361; Pfanner S. 67; Reymond S. 382; allgemein zu den Nachteilen einer unbestimmten Gesetzgebung für die Rechtsadressaten Steinmann S. 158 ff.

⁸³ BBl. 1978 II 169.

⁸⁴ BBl. 1982 II 961/3. Während das Ständemehr, auf das es aber nicht ankam, mit 16 Nein- zu 10 Ja-Stimmen relativ deutlich ausfiel, muss das Volksmehr mit 50,36 % Nein- zu 49,64 % Ja-Stimmen doch eher als Zufallsentscheid gewertet werden.

führte aber wahrscheinlich dazu, dass der geltende Rechtszustand noch längere Zeit bestehen wird⁸⁵.

Im ANAG finden sich weder eine Begriffsbestimmung des Grenzgängers noch besondere namentlich ihn betreffende Normen. Daraus allein kann jedoch weder auf eine Lücke noch darauf geschlossen werden, dass der Gesetzgeber deren Status auf andere Weise geregelt haben wollte⁸⁶. Vielmehr stellt Art. 1 ANAG den für alle Ausländer geltenden Grundsatz auf, dass diese nur dann zur Anwesenheit auf Schweizerboden berechtigt seien, wenn sie eine Aufenthalts-, Niederlassungs⁸⁷- oder Toleranzbewilligung⁸⁸ besässen oder nach dem Gesetz keiner solchen bedürfen⁸⁹. Als Grundlage dieser Typisierung nahm der Gesetzgeber nicht die verschiedenartigen Beweggründe⁹⁰ oder den angestrebten Aufenthaltsstatus⁹¹ des Ausländers, sondern massgebendes Kriterium war einzig die dem Ausländer zugestandene Rechtsstellung in der Schweiz⁹². Darüber hinaus gliederte der Gesetzgeber, obwohl ihm das Bestehen von Sonderfällen bewusst sein musste⁹³, diese Einteilung nicht weiter auf.

⁸⁵ Auch eine wesentliche Verbesserung der Rechtsstellung der Ausländer dürfte damit zumindest innerhalb des innerstaatlichen Rechtes in weite Ferne gerückt sein, so auch Caytas S. 19; vgl. aber trotzdem die politischen Anstösse z. B. StenBull. NR 1983, 251 ff.

⁸⁶ In Frage käme eine Delegation an den Bundesrat oder an die Kantone oder der Abschluss diesbezüglicher Staatsverträge.

⁸⁷ Zur Niederlassungsbewilligung im allgemeinen vgl. Kottusch, Niederlassungsbewilligung, S. 516 ff.

⁸⁸ Der Typus der Toleranzbewilligung ist heute praktisch bedeutungslos geworden, vgl. Moor/Hofstetter S. 33 N 16; Moser, Ausländer, S. 404; Wüthrich N 52. Mit der Gesetzesrevision vom 20. Juni 1986 (BBl. 1986 II 668), angenommen in der Volksabstimmung vom 5. April 1987, wurde die Toleranzbewilligung aus den Bestimmungen des Fremdenrechtes herausgestrichen.

⁸⁹ Art. 1 ANAG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 ANAV; Bericht SK S. 40; Caytas S. 24 begründet dies mit Art. 2 und 3 Abs. 3 ANAG; Hofstetter S. 58; Marti, HGF, S. 131 ff.; Ruth N 22, 25 f.

⁹⁰ So hätte z. B. zwischen Touristen, Arbeits- oder Lernaufenthalt unterschieden werden können.

⁹¹ Es ist für die Art der Bewilligung unmassgeblich, ob der Ausländer eine Niederlassung oder nur einen kurzfristigen Aufenthalt anstrebt.

⁹² Gl. M. Macheret, Immigration, S. 70.

⁹³ Vgl. die Erwähnung der Saisonarbeiter, Art. 18 Abs. 2 lit. c und Art. 25 Abs. 1 lit. e ANAG.

Eine solche drängte sich auch deshalb nicht auf, da sich diese Gruppen aufgrund des gewählten Einteilungskriteriums grösstenteils ohne weiteres in das System des ANAG einordnen lassen. Es rechtfertigt sich aber auch in teleologischer Hinsicht, den Grenzgänger als vom ANAG erfasst zu betrachten. Wohl bleibt diese Ausländergruppe weiterhin mit dem Kulturkreis ihres Wohnsitzstaates verbunden und liegt daher weniger im Hauptaugenmerk der Ausländergesetzgebung, mit der primär der demographischen Ueberfremdungsgefahr entgegengetreten werden sollte⁹⁴. Daneben liegen dem ANAG aber auch rein fremdenpolizeiliche⁹⁵ sowie in grossem Masse auch wirtschaftliche und arbeitsmarktliche Ueberlegungen zu Grunde⁹⁶, die ebenso an die Grenzgänger gerichtet sind wie an die übrigen Ausländer. Daher kann der Grenzgänger, dessen einziger Aufenthaltsgrund in der Erwerbstätigkeit in der Schweiz liegt, von dieser Gesetzgebung kaum unbeachtet geblieben sein⁹⁷.

Es ist offensichtlich, dass der Grenzgänger systematisch den Aufenthalt zuzuordnen ist, da üblicherweise sowohl die Toleranz-⁹⁸ als auch die Niederlassungsbewilligung⁹⁹ nicht in Frage kommen. Schliesslich besteht gerade in der Pflicht zur Wiederausreise

⁹⁴ In diesem Sinne Moser, Ausländer, S. 404/5; BBl. 1965 I 252; Bericht SK S. 129. Die Ueberfremdungsgefahr muss eventuell aber auch gegenüber Grenzgängern, besonders in Zeiten erhöhter Empfindlichkeit der einheimischen Bevölkerung, als gewichtiger eingestuft werden, siehe dazu vorne Abschnitt 3.3.3.2., S. 119.

⁹⁵ Ruth N 34.

⁹⁶ BBl. 1979 III 611; 1978 II 211.

⁹⁷ Vgl. Eriksson S. 152 N 112; Huber, Arbeitskräfte, S. 23; Macheret, Immigration, S. 72, zu den der Anwesenheitsbewilligung zu Grunde liegenden Begriffselementen; Reymond S. 369/70.

⁹⁸ Vgl. vor der Gesetzesänderung vom 5. April 1987 (BBl. 1986 II 668) Art. 7 Abs. 2 ANAG i. V. m. Art. 12 Abs. 1 ANAV, wonach diese Bewilligung nur dann erteilt wurde, wenn eine andere nicht abgegeben werden konnte und die Ausreise nicht möglich oder zumutbar war. Da der Grenzgänger stets an seinem Wohnsitz verwurzelt war, durften diese Voraussetzungen schon damals kaum gegeben sein.

⁹⁹ Gastland und Ausländer sind sich von Anbeginn einig, dass keine über die Arbeitstätigkeit hinausgehende engere Beziehung angestrebt ist.

ein die Aufenthaltsbewilligung charakterisierendes Merkmal¹⁰⁰. Es lässt sich demgegenüber nicht bestreiten, dass durch die ständige Rückkehr an den Wohnsitz bzw. der verbliebenen Verankerung im Wohnsitzstaat eine gegenüber dem Normalfall der Aufenthaltsbewilligung abweichende Situation vorliegt. Die regelmässige Ausreisepflicht kann aber gemäss Art. 5 Abs. 1 ANAG als eine dem Ausländer auferlegte Bedingung betrachtet werden, die aufgrund von Art. 10 Abs. 3 ANAV nicht einmal einer besonderen Anordnung bedarf, da sie sich zwingend aus dem Zweck des angestrebten Aufenthaltes ergibt. Die Grenzgängerbewilligung ist daher als eine Unterart der Aufenthaltsbewilligung zu betrachten¹⁰¹. Kann sie aber einer ordentlichen, mit einer besonderen Bedingung ausgestatteten Aufenthaltsbewilligung gleichgesetzt werden¹⁰², so sind deren Bestimmungen grundsätzlich und soweit möglich ohne weiteres direkt anwendbar. Es ist daher nicht notwendig, die Regelung der Grenzgängerverhältnisse grundsätzlich als rein analoge¹⁰³ Anwendung des allgemeinen Fremdenrechtes zu qualifizieren¹⁰⁴. Von einer solchen

¹⁰⁰ Vgl. Moser, Ausländer, S. 397; Ruth N 108.

¹⁰¹ In diesem Sinne BGE v. 7. Juni 1984 i. S. Ilpack Werk AG, Mendrisio c. Staatsrat des Kantons Tessin, S. 6 Erw. 2a (unveröffentlicht); VPB 1972, Nr. 5 S. 21; Hofstetter S. 59; Reymond S. 370; Ruth N 69; a. M. Moser, Ausländer, S. 405; Meyer-Marsilius S. 25 Ziff. 2.6.

¹⁰² Im Fremdenrecht wäre damit von folgender Terminologie auszugehen: Das Anwesenheitsrecht zerfällt in einen bewilligungsfreien und einen bewilligungspflichtigen Aufenthalt. Die Bewilligungen werden im Gesetz in die Niederlassungs- und die Aufenthaltsbewilligung eingeteilt. Als Unterarten der zuletzt genannten Bewilligung haben sich in der Praxis im Laufe der Zeit die Jahresaufenthalts-, die Saisonnier-, die Kurzaufenthalts-, die Stagiaire- und die Grenzgängerbewilligung herausgebildet.

¹⁰³ Zum Begriff der Analogie vgl. Imboden/Rhinow Nr. 27, S. 171; Fleiner, Verwaltungsrecht, S. § 13 N 52.

¹⁰⁴ Vgl. dazu BBl. 1978 II 205; BGE v. 7. Juni 1984 i. S. Ilpack Werk AG c. Kanton Tessin S. 6 Erw. 2a (unveröffentlicht); Bericht SK S. 42; Pfanner S. 85; Wüthrich N 62. Ginge man nämlich grundsätzlich von einer Lücke aus, so stellte sich aufgrund der nachträglich derogatorischen Kompetenzbestimmung in der Verfassung die Frage, ob die Regelung des Grenzgängerwesens mangels einer Bundesgesetzgebung nicht vollkommen den Kantonen überlassen sei, vgl. Sträuli S. 189 ff. Ausserdem finden sich auch dort, wo eine Regelung unbestrittenermassen direkt auf Grenzgänger anwendbar ist, Normen, die den jetzigen im Gesetz bestehenden Ungereimtheiten entsprechen, vgl. z. B. Art. 11 BVO.

muss allenfalls dann gegenüber einzelnen Bestimmungen ausgegangen werden, wenn diese gemäss ihrem Wortlaut nicht der besonderen Situation der Grenzgänger entsprechen, deren Anwendung aber durch die dem Gesetz immanenten Wertungen und Zielvorstellungen als gerechtfertigt erscheint¹⁰⁵.

Als weitere Regelung durch die Legislative auf dem Gebiete des allgemeinen Ausländerrechtes ist einzig noch der für den Grenzgänger praktisch bedeutungslose "BB betreffend der Uebernahme der Kosten der Ausschaffung mittelloser Ausländer durch den Bund" vom 15. Juni 1909 (SR 142.291) anzuführen.

2.2.2. Die rechtliche Erfassung der Grenzgänger durch den Bundesrat

2.2.2.1. Die allgemeine Rechtsetzungskompetenz des Bundesrates

Gemäss dem der Verfassung zu Grunde liegenden Grundsatz der Gewaltenteilung¹⁰⁶, der von der Identität von Gesetzgebung und Rechtsetzung ausgeht¹⁰⁷, stünde dem Bundesrat keine Rechtsetzungskompetenz zu¹⁰⁸. Wie in anderen Ländern konnte aber auch in

¹⁰⁵ Offen gelassen bleiben soll an dieser Stelle, ob es sich um eine Frage der Auslegung oder der Lückenfüllung handelt; zu dieser Problematik vgl. Häfelin, Lückenfüllung, S. 121 ff.; Steinmann S. 51.

¹⁰⁶ In seiner ursprünglichen Form bedeutet Gewaltenteilung die Verteilung der drei staatlichen Funktionen der Rechtsetzung, der Rechtsanwendung und der Rechtsprechung auf drei voneinander personell (=subjektive Gewaltenteilung) und funktionell (= objektive Gewaltenteilung) unabhängige und sich gegenseitig kontrollierende Organe; vgl. Aubert, Traité II, N 1219 ff.; Häfelin/Haller N 607 ff.; Fleiner/Giacometti S. 470; Schläpfer S. 25 ff.; zur geschichtlichen Herleitung Imboden, Montesquieu, S. 8 ff.; Rausch S. 132 ff.; zum heutigen Verständnis Rhinow, Parlamentsreform, S. 156.

¹⁰⁷ Vgl. Schläpfer S. 24; Von Orelli S. 126. In bezug auf die Normsetzung ist heute allgemein vom Begriff der Rechtsetzung auszugehen, gl. M. Müller, Richtlinien, S. 212.

¹⁰⁸ So weist die BV in Art. 85 Abs. 1 Ziff. 2 der Bundesversammlung die Kompetenz zu, "Gesetze und Beschlüsse

der Schweiz das Gewaltenteilungsmodell nicht in dieser Idealform durchgeführt werden¹⁰⁹. So lässt sich trotz einer der heutigen Verfassungsbestimmung entsprechenden Formulierung der BV in der Fassung von 1848 eine Rechtsetzungstätigkeit des Bundesrates bis in die Anfänge unseres Bundesstaates zurückverfolgen¹¹⁰. Mit zunehmender Rechtsetzungstätigkeit des Bundesrates stellte sich aber die rechtsdogmatische Frage, wie diese Praxis verfassungsrechtlich zu würdigen sei. War die vermehrte bundesrätliche Normgebung zunächst Ausfluss der ausserordentlichen Umstände in den Kriegsjahren¹¹¹, ging die Legislative auch in kriegslosen Zeiten mehr und mehr dazu über, die Rechtsetzung an den Bundesrat zu übertragen, ohne dass dafür eine explizite verfassungsmässige Grundlage vorlag. Dieses Verhalten war v. a. damit zu erklären, dass die zunehmende Staatstätigkeit, die sich aus der technischen Entwicklung, dem Bevölkerungszuwachs sowie der Entwicklung der Schweiz vom "Nachwächterstaat" des Manchesterliberalismus zum Wohlfahrts- und Sozialstaat des 20. Jahrhunderts ergab, sowohl in zeitlicher als auch in fachlicher Hinsicht erhöhte Anforderungen an die Gesetzgebung stellte¹¹². Während die Exekutive dieser Entwicklung mit einer ver-

über diejenigen Gegenstände, zu deren Regelung der Bund nach Massgabe der Bundesverfassung befugt ist" zu erlassen. Dem Bundesrat sollten nach dem Willen des damaligen Verfassungsgebers formell nicht allzu viele Rechte zukommen, BBl. 1978 II 1142; Eichenberger, oberste Gewalt, S. 259.

¹⁰⁹ Vgl. Brühwiler S. 245; Fleiner, Delegation, S. 5 ff.; Giacometti, Staatsrecht der Kantone, S. 486; Lendi, Ermessen, S. 62.

¹¹⁰ BBl. 1978 II 1006; Brack S. 65 ff.; Eichenberger, oberste Gewalt, S. 260; Marti, Verordnungsrecht, S. 102. Da die diesbezüglichen Organisationsvorschriften von 1848 von der heute noch in Kraft stehenden Verfassung von 1874 unverändert übernommen wurden, muss die gehandhabte damalige Praxis als bewusst in Kauf genommen betrachtet werden, vgl. z. B. AS a. F. Bd. 1, 98 ff., 160 ff. im Verhältnis zu AS 1875, 108 ff.

¹¹¹ Vgl. die Vollmachtenbeschlüsse des Ersten und Zweiten Weltkrieges vom 3. August 1914 (AS 1914, 347) und vom 30. August 1939 (AS 1939, 769).

¹¹² Das Erfordernis einer zunehmenden politischen Flexibilität in gewissen Sachbereichen wie auch die Zunahme der Gesetzestätigkeit und deren Komplexität liessen die Anforderungen an das Parlament immer höher erscheinen, vgl. BBl. 1978 II 1008 f., 1146; StenBull. NR 1978, 445 (V Kaufmann: Tendenz zum Exekutivstaat aus Sachzwängen), NR 1976, 1189

mehrten Aufgliederung und der Beschäftigung von Fachpersonal entgegnetrat und die Judikative teilweise zu einer fachspezifischen Einteilung übergang, fehlten der Legislative die entsprechenden Lösungsmöglichkeiten¹¹³. War und ist deshalb die Notwendigkeit einer rechtsetzenden Tätigkeit des Bundesrates bis heute stets unbestritten, gehen die Ansichten über deren Ausmass und Rechtsgrundlage auseinander.

Die vertretenen Meinungen bewegen sich dabei zwischen zwei Theorien, die gleich zwei Polen den juristischen Theorienstreit abgrenzen¹¹⁴. In der "Delegationstheorie" wird davon ausgegangen, dass es dem verfassungsmässig legitimierten Rechtsetzungsorgan - der Bundesversammlung - gestattet ist, die ihm zugewiesene Rechtsetzungskompetenz unter Einhaltung gewisser Vorgaben an den Bundesrat zu übertragen. Demgegenüber ist aus der Sicht der "Kompetenztheorie" eine solche Uebertragung überflüssig oder sogar verfassungswidrig, stehe dem Bundesrat doch schon aufgrund des in Art. 102 Ziff. 5 BV verankerten Vollzugsrechts eine Rechtsetzungskompetenz zu. Der materielle Gehalt dieser beiden Theorien hat sich jedoch im Verlaufe der Jahre etwas gewandelt. Während in der älteren Delegationstheorie die Kompetenz zur Rechtsetzung grundsätzlich noch allein der Bundesversammlung zugestanden wurde¹¹⁵, hat sich

(V Meier); kritisch Eichenberger, oberste Gewalt, S. 259 f.; Lendi, Ermessen, S. 10; Von Orelli S. 34; auf das Verhältnis zwischen Staat und Bürger hinweisend Müller, Richtlinien, S. 213. Mit Hinweis auf die unterschiedliche Interessensbewertung spricht Schweizer (S. 147) von einer "etwas willkürlichen Delegationspraxis".

¹¹³ Zu den Entlastungsmöglichkeiten vgl. BBl. 1978 II 1056 und 1096, insbesondere zum Berufsparlament 1032 ff.; Rhinow, Parlamentsreform, S. 159 ff.

¹¹⁴ Zur allgemeinen Darstellung der Lehrmeinungen vgl. BBl. 1975 I 1492 f.; Brunner S. 5 ff.; Cottier S. 42 ff.; Eichenberger, oberste Gewalt, S. 72 ff.; Fleiner, Delegation, S. 13 ff.; Jagmetti S. 133 f. N 111; Müller, Rechtsetzung, S. 178 ff.; Renaud S. 43 ff.; Stampfli S. 55 ff.

¹¹⁵ Vgl. Burckhardt S. 665/6; Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 413/4; Von Orelli S. 126 ff., insbesondere S. 137; in diesem Sinne neuerdings aber auch Grisel, Traité I, S. 85, 323 und Macheret, Immigration, S. 24 ff. Dabei wurden aber Verwaltungsverordnungen nicht unter den Begriff des Rechtssatzes subsumiert; vgl. allgemein zu deren Rechtscharakter in

die neuere Delegationstheorie insofern der Kompetenztheorie angenähert, als sie sowohl den Erlass von Verwaltungsverordnungen als auch denjenigen von Ausführungsverordnungen gemäss Art. 102 Ziff. 5 BV dem Zuständigkeitsbereich des Bundesrates zuordnet, so dass das Institut der Delegation¹¹⁶ nur noch in bezug auf die Befugnis zum Erlass gesetzesvertretender Verordnungen notwendig ist¹¹⁷. Demgegenüber wurde in der älteren Kompetenztheorie die Zuständigkeit des Bundesrates auf den Bereich der Vollziehungsverordnung beschränkt¹¹⁸, während die jüngeren Vertreter¹¹⁹ auch den Erlass gesetzesvertretender Bestimmungen durch den Bundesrat zulassen¹²⁰.

-
- der heutigen Lehre Stampfli S. 24 ff.; Vogel S. 157.
- ¹¹⁶ Die Delegation wird dabei verfassungsrechtlich als durch Gewohnheitsrecht gerechtfertigt betrachtet, vgl. Aubert, Traité II, N 1535; Müller, Rechtsetzung, S. 180; Giacometti, Rechtsverordnungsrecht, S. 390, der diese Meinung aber in Fleiner/Giacometti S. 801 N 25 ausdrücklich ändert und den Bestand von Gewohnheitsrecht ablehnt; so auch Grisel, Traité I, S. 324, unter Hinweis auf die fehlende "opinio necessitatis"; Kuhne S. 95 ff. mit Rücksicht auf die Problematik der Gewohnheitsrechtsbildung im Verfassungsrecht; differenzierend Brack S. 50 ff.
- ¹¹⁷ Vgl. Aubert, Traité II, N 1527; Brühwiler S. 212 f.; Häfelin/Haller N 1012; Hofstetter S. 20; Knapp N 196 ff.; Manfrini S. 52. Da dabei der Begriff der Ausführungsgesetzgebung weit ausgelegt wird, kann es praktisch äusserst schwierig werden, diejenigen Bestimmungen festzulegen, für die eine Delegation noch notwendig ist und diese wiederum gegenüber denjenigen abzugrenzen, die überhaupt nicht delegiert werden dürfen. Daraus ist ersichtlich, dass das Hauptproblem in der Abgrenzung liegt.
- ¹¹⁸ Vgl. Giacometti, Staatsrecht, S. 495; Fleiner/Giacometti S. 800/1, die ansonsten eine Kompetenzübertragung nur dann zulassen, wenn die Verfassung eine solche ausdrücklich vorsieht; Von Orelli S. 137 N 47 m. w. H.
- ¹¹⁹ So Jagmetti S. 137; Marti, Verordnungsrecht, S. 101/2; Müller, Rechtsetzung, S. 187/8; StenBull. StR 1977, 535 (V Honnegger); in beschränktem Masse auch Brack S. 30 ff.
- ¹²⁰ Der Unterschied der "gesetzesvertretenden" (primären) Rechtsetzungsakte zu (sekundären) "reinen Vollzugsbestimmungen" ist in diesem Zusammenhang so zu verstehen, dass diese nur den Gedanken des Gesetzgebers durch Aufstellung von Detailvorschriften näher ausführen und entwickeln sowie die erforderlichen organisatorischen Vorschriften aufstellen, während jene Normen enthalten, die darüber hinausgehen, BGE 99 Ib 165; das massgebende Kriterium liegt dabei in der Voraussehbarkeit der vom Vollzugsgeber geschaffenen Regelung bezüglich der Rechte und Pflichten der Rechtsadressaten, gl. M. Hofstetter S. 19; Marti, HGF, S. 157. Diese Differenzierung des Ordnungsbegriffes ist in der Doktrin nicht unbestritten, vgl. Eichenberger, Permanenzproblem, S. 32 f.; Müller, Rechtsetzung, S. 177, 196 N 285; Ambl. ZH

Im Gegensatz zur älteren Konfrontation hat der Theorienstreit einen Grossteil seiner praktischen Bedeutung verloren. So weisen denn die von der heutigen Delegationstheorie für den Fall einer Uebertragung vorgesehenen Voraussetzungen auf dasselbe Abgrenzungskriterium hin, wie es in der Kompetenztheorie verstanden wird, nämlich auf den Begriff der Wichtigkeit¹²¹. In praktischer Hinsicht stellt sich daher für die Vertreter beider Theorien von Fall zu Fall das Problem festzulegen, welche Bestimmungen im Sinne einer grundsätzlichen Minimalregelung von der Bundesversammlung zu treffen sind¹²². Beiden Theorien gemeinsam ist auch, dass die Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen in den einzelnen Sachgebieten, wenn dies nicht schon durch die Verfassung geschieht, von der Legislative vorgenommen wird¹²³. Neben der Festsetzung der Kriterien zur Bestimmung des im formellen Gesetz zu verankernden Inhaltes¹²⁴ ist

1985, 94; Jagmetti S. 41, 187 ff. Die praktische Abgrenzung ist denn auch äusserst schwierig und muss jeweils von Fall zu Fall vorgenommen werden, vgl. Aubert, *Traité* II, N 1520; Fleiner, *Delegation*, S. 14 f.; Giacometti, *Staatsrecht*, S. 489; Fleiner/Giacometti S. 804; Jagmetti S. 190 ff., 372 ff.; Lendi, *Ermessen*, S. 64; Macheret, *Immigration*, S. 24 ff.; Müller, *Rechtsetzung*, S. 185 ff. mit Literaturverweis; Stampfli S. 55/6.

¹²¹ Vgl. BGE 106 Ia 257 Erw. 2c; 103 Ia 381; BBl. 1985 III 69, 1975 I 1491; Art. 80 Abs. 3 VE; Ambl. ZH 1985, 98; gl. M. Rhinow, *Parlamentsreform*, S. 165.

¹²² Verlangt die Delegationstheorie minimale Normen zum Sachgebiet, die in etwa Inhalt, Zweck und Ausmass der zukünftigen Regelung bestimmen, so entspricht dies praktisch der von der Kompetenztheorie geforderten Festsetzung der "wichtigen Entscheidungen".

¹²³ Vgl. Grisel, *Traité* I, S. 80; Manfrini S. 89; Müller, *Rechtsetzung*, S. 190.

¹²⁴ Vgl. dazu BBl. 1978 II 1041 f.; Cottier S. 167; Eichenberger, *Rechtsetzungsfunktion*, S. 21 f. N 22; ders., *Gesetzgebung*, S. 26 ff.; Müller, *Rechtsetzung*, S. 104, 110 ff.; Rhinow, *Parlamentsreform*, S. 165 f.; Stampfli S. 137 f. Nach diesen Autoren sind für die Bestimmung der Wesentlichkeit z. B. folgende Aspekte zu berücksichtigen: Die Intensität für die betroffenen Bürger, die Grösse des Adressatenkreises, die politischen, finanziellen, föderalistischen und organisatorisch-administrativen Auswirkungen der Regelung, das Mass der voraussichtlichen Akzeptanz, die Zahl der geregelten Verhaltensinitiativen oder die bisherige Regelungsart. Parallel dazu ist aber auch eine neue Funktionsaufteilung zwischen der Exekutive und der Legislative in Betracht zu ziehen, die nicht nur in bezug auf die Rechtsetzung, sondern allgemein die wichtigen Entscheidungen der Legislative zuweist, vgl. dazu Rhinow, *Parlamentsreform*, S. 160 f.

weiterhin festzulegen, wem die Kontrolle dieser Rechtsetzungszuweisung obliegt¹²⁵. Von wesentlicher Bedeutung ist der Theorienunterschied hingegen noch bezüglich der Form der Uebertragung¹²⁶ und der Schutzvoraussetzung gegen eine Referendumsumgehung in der Delegationstheorie¹²⁷.

Das Bundesgericht hat sich in konstanter Rechtsprechung bisweilen im Sinne der jüngeren Delegationstheorie ausgesprochen¹²⁸. Der h. L. folgend lässt es eine Uebertragung der Rechtsetzungskompetenz der Legislative an die Exekutive zu¹²⁹, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind:

Erstens darf die Delegation nicht von der Verfassung ausdrücklich ausgeschlossen worden sein¹³⁰. Zweitens muss sich die Delegation auf ein bestimmtes Gebiet beschränken und hat die Legislative zumindest dann, wenn es sich um einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechtsstellung des Bürgers handelt, die wesentlichen

¹²⁵ Dazu Müller S. 122 ff.; zur Delegationskontrolle in anderen Ländern Brühwiler S. 238; zur Situation in Deutschland und Amerika Fleiner, Delegation, S. 3 ff., 24 ff.; Rhinow, Parlamentsreform, S. 164. Im Verfassungsentwurf Furgler, BBl. 1985 III 69, wird dem Bundesgericht diesbezüglich eine Prüfungskompetenz zugewiesen.

¹²⁶ Während in der Delegationstheorie ein formeller Delegationsakt notwendig ist, erübrigt sich ein solcher in der Kompetenztheorie.

¹²⁷ So muss die Uebertragung von Rechtsetzungskompetenzen, die nach dem Wesentlichkeitskriterium dem Bundesrat überlassen werden können und über den reinen Vollzugsbereich hinausgehen, bei der Delegationstheorie grundsätzlich in einem referendumpflichtigen Gesetz verankert sein, während dies in der Kompetenztheorie nicht notwendig ist. Dieser aus dem Demokratieverständnis herausfliessende Referendumschutzgedanke dürfte auch den wesentlichsten Einwand gegenüber der Kompetenztheorie darstellen.

¹²⁸ BGE 104 Ia 310 Erw. 3c; zur Vollzugskompetenz BGE 107 Ib 28; vgl. auch VPB 1981, Nr. 1, S. 19; zur Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung siehe Cottier S. 45 ff.; Imboden/Rhinow Nr. 63; Stampfli S. 59 ff.

¹²⁹ Zur durch Art. 113 Abs. 3 BV eingeschränkten und allgemein zurückhaltenden Kontrolle des Bundesgerichtes vgl. BGE 109 V 218 f. Erw. 5; 107 Ib 246 Erw. 4; 99 Ib 165; 92 I 433; Grisel, Traité I, S. 84; Häfelin/Haller N 1812 ff.

¹³⁰ Eine ausdrückliche Regelung ist dagegen nicht gefordert. Damit soll klargestellt werden, dass der Verfassung, soweit aus ihr ein klarer Wille ersichtlich ist, als allen anderen übergeordnete Rechtsquelle absoluter Vorrang zukommt. Diesen Vorbehalt anerkennt natürlich auch die Kompetenztheorie.

Grundzüge selbst vorzunehmen¹³¹. Als dritte Voraussetzung hält das Bundesgericht fest, dass die Delegationsnorm in einem dem Referendum unterstehenden Erlass enthalten sein muss, wenn die gestützt auf die Delegation zu ergreifende Massnahme, wäre sie von der Legislativbehörde selber beschlossen worden, dem Referendum hätte unterstellt werden müssen¹³².

Zusammenfassend ist heute davon auszugehen, dass dem Bundesrat schon aufgrund von Art. 102 Ziff. 5 BV die Kompetenz zusteht, Verordnungen zur näheren Ausgestaltung eines Gesetzes vorzunehmen, wobei er sich stets am Gesetz selbst zu orientieren hat und ihm weder widersprechen noch weitere grundlegende Rechte und Verpflichtungen hinzufügen darf (=Vollzugskompetenz). Darüber hinaus ist ihm die Rechtsetzung nur gestattet, wenn dies von der Legislative unter Berücksichtigung der vom Bundesgericht aufgestellten Grundsätze im Gesetz vorgesehen ist¹³³. Dabei sollten dem Gesetzgeber die bei der Bestimmung der Wichtigkeit erwähnten Kriterien als entscheidende Richtlinien zur Eingrenzung der bundesrätlichen Rechtsetzungskompetenz dienen¹³⁴.

¹³¹ Das Bundesgericht wich erst in neuester Zeit von der Beschränkung der bisherigen Rechtsprechung auf die Eingriffsverwaltung im Sinne der in der Lehre vertretenen Auffassung ab, vgl. BGE 106 Ia 257 Erw. 2c; 104 Ia 309 Erw. 4a; 103 Ia 380 Erw. c (Grundsatzentscheid "Wäffler"); Grisel, *Traité I*, S. 324/5; Imboden/Rhinow Nr. 63; Knapp N 83 und N 200, der zudem auf die Beachtung der öffentlichen Interessen und der Verhältnismässigkeit hinweist.

¹³² BGE 98 Ia 103; ZBl. 1983, 309 Erw. 5b; Cottier S. 46, 165; Imboden/Rhinow Nr. 63 B III; Müller, *Rechtsetzung*, S. 185; Schmucki-Hengartner S. 110.

¹³³ Vgl. dazu auch 100 Abs. 1 VE, wodurch auch Vollziehungsverordnungen in den Delegationsbereich fallen; kritisch dazu Müller, *Rechtsetzung*, S. 196.

¹³⁴ Je wesentlicher die Bestimmung, desto restriktiver sollte daher die Delegationsnorm ausgelegt werden.

2.2.2.2. Die Rechtsetzungstätigkeit des Bundesrates im allgemeinen Fremdenrecht

Bei einer solch zurückhaltenden Gesetzgebung zu Gunsten der Ermessensfreiheit der rechtsanwendenden Behörden besteht stets eine latente Gefahr, dass wesentliche Problembereiche unbeantwortet bleiben und aufgrund verschiedenartiger Interpretationsmöglichkeiten die angestrebten Ziele nicht erreicht werden. Um diesen Mängeln wirksam entgegentreten zu können, beanspruchte der Bundesrat seit Inkrafttreten des ANAG weiterhin eine Rechtsetzungskompetenz auf dem Gebiete des Ausländerrechtes, welche in gewissen Bereichen nicht mehr als reine Vollzugsregelung betrachtet werden kann¹³⁵. Gestützt auf die Delegationsnorm von Art. 25 ANAG erliess er die zusammen mit dem Gesetz am 1. Januar 1934 in Kraft tretende "Vollziehungsverordnung zum BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer" vom 5. Mai 1933 (=ANAV)¹³⁶, die anlässlich der Revision des ANAG durch die heute noch in Kraft stehende Fassung vom 1. März 1949¹³⁷ ersetzt wurde.

Wurde noch in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts eine Kontingentierung der Ausländer als eine für die Schweiz unpassende Massnahme verworfen¹³⁸, griff der Bundesrat in konstanter Weise seit 1963 zu diesem Mittel¹³⁹. Wurde zunächst zur qualitativen Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur und der Sicherstellung einer möglichst ausgeglichenen Beschäftigung¹⁴⁰ der Gesamtpersonalbestand

¹³⁵ So z. B. bezüglich des Berufs- und Stellenwechsels oder der Regelungen der Erwerbstätigkeit, vgl. Hofstetter S. 20; Macheret, Immigration, S. 27 ff. Das neue Ausländerrecht hätte demgegenüber mehrere heute auf Verordnungsstufe geregelte Normen übernommen, vgl. BBl. 1978 II 178. Erinnert sei aber auch daran, dass die offene Regelung im Bundesgesetz in erster Linie den Kantonen bzw. dem behördlichen Ermessen zugute kommen sollte.

¹³⁶ AS 1933, 289.

¹³⁷ AS 1949 I 228 = SR 142.201.

¹³⁸ BBl. 1924 II 502; Ruth N 15.

¹³⁹ Allgemein zu dieser Entwicklung Bericht SK S. 81 f.; Lamberg S. 283 ff.; Niederberger S. 44 ff.; Pfanner S. 101 ff.; Rüegg S. 28 ff.; Wüthrich N 41.

¹⁴⁰ BBl. 1974 I 192.

(= Schweizer und Ausländer) pro Betrieb begrenzt¹⁴¹, folgte 1965¹⁴² die betriebsweise, ab 1970¹⁴³ die gesamtschweizerische Begrenzung des Ausländerbestandes. Während diese einschneidende Massnahme in ihrer Notwendigkeit praktisch unbestritten ist¹⁴⁴, muss sie aus formell-rechtlichen Gründen als bedenklich bezeichnet werden, da eine solch wichtige Entscheidung¹⁴⁵ im Gesetz zumindest eine klare Grundlage haben sollte¹⁴⁶. Aus diesen "Begrenzungserlassen" entwickelte sich im Laufe der Jahre eine der ANAV in ihrer Bedeutung äquivalente Verordnung, die sich bis 1986 nur mit den "erwerbstätigen Ausländern" befasste¹⁴⁷. Mit der Totalrevision vom 6. Oktober 1986, anlässlich welcher dieser Erlass in die "Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer" umbenannt wurde, sollten sämtliche Zulassungsvorschriften in einer einzigen Verordnung zusammengefasst werden¹⁴⁸. Dieses Ziel wurde aber nur zum Teil erreicht, finden sich doch weiterhin wesentliche Zulassungsbestimmungen in der ANAV¹⁴⁹. Ist der BVO aufgrund der Zusammenfassung und der guten Gliederung wesentlicher Bestimmungen Beifall zu zollen, so ist trotzdem unverständlich, weshalb bei dieser Gelegenheit nicht auch die ANAV revidiert und systematisiert worden ist

¹⁴¹ AS 1963, 190. Dieser "Doppelplafonierungsbeschluss" wurde in der h. L. wegen der fehlenden verfassungsrechtlichen Grundlage zu wirtschaftspolitischen Massnahmen stark kritisiert, vgl. Macheret, Immigration, S. 54; Moser, Ausländer, S. 377. In diesem Sinne auch das Gutachten der Justizabteilung in VPB 1955, Nr. 99. Kritik aus wirtschaftlichen Überlegungen Bericht SK S. 120, 181 ff.

¹⁴² AS 1965, 119.

¹⁴³ AS 1970, 305; BBl. 1978 II 174.

¹⁴⁴ Vgl. Macheret, Immigration, S. 78.

¹⁴⁵ Unter Berücksichtigung der hinten in Abschnitt 2.2.2.1., S. 26 dargelegten Wesentlichkeitskriterien, v. a. hinsichtlich des grossen Adressatenkreises, der wirtschaftlichen und föderalistischen Auswirkungen sowie der Intensität dieser Massnahme, müsste eine Kontingentierung im Gesetz vorgezeichnet sein.

¹⁴⁶ Vgl. hierzu Hofstetter S. 26 ff.; Macheret, Immigration, S. 32, 50 f.; Moser, Ausländer S. 362 ff., der auch den Massnahmencharakter der BVO kritisiert; Pfanner S. 67, 101 ff. Im neuen Ausländergesetz wären die Grundlagen einer Kontingentierung in Art. 32 (Entwurf) verankert gewesen.

¹⁴⁷ Vgl. zuletzt AS 1983, 1496.

¹⁴⁸ AS 1986, 1791; vgl. allgemein zu den Motiven dieser BVO-Revision EJPD/EVD S. 3.

¹⁴⁹ So z. B. Art. 1 oder Art. 10 ANAV.

und eine einzige Vollziehungsverordnung geschaffen wurde¹⁵⁰. Der jetzige Zustand mit zwei einander gleichgestellten und ineinandergreifenden Bundesratsverordnungen mit zum Teil gleichem Regelungsgegenstand ist äusserst unbefriedigend.

Ausser diesen beiden das ANAG in allgemeiner Weise kompletierenden Verordnungen stehen heute die folgenden spezielle Sachbereiche regelnden Ausführungsbestimmungen des Bundesrates in Kraft:

- der Bundesratsbeschluss über Einreise und Ausreise der Ausländer vom 10. April 1946 (SR 142. 211 = BS 1, 139)
- der Bundesratsbeschluss über die Zusicherung der Aufenthaltsbewilligung zum Stellenantritt vom 19. Januar 1965 (SR 142.261 = AS 1965, 58)
- die Verordnung über Reisepapiere für schriftlose Ausländer vom 9. März 1987 (SR 143.5 = AS 1987, 538)
- der Bundesratsbeschluss über die Meldung wegziehender Ausländer vom 20. Januar 1971 (SR 142.212 = AS 1971, 65)
- die Verordnung über die Internierung von Ausländern vom 14. August 1968 (SR 142.281 = 1968, 1013)
- die Verordnung über die Gebühren zum BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 20. Mai 1987 (SR 142.241 = AS 1987, 784)
- die Verordnung über das zentrale Ausländerregister vom 20. Oktober 1982 (SR 142.215 = AS 1982, 1906)

¹⁵⁰ Die Erklärung liegt wohl darin, dass der zeitliche Rahmen dazu nicht ausreichte. Sowohl im Hinblick auf die zeitgemässen Anpassungen als auch einer befriedigenden Transparenz sollte dieser Schritt aber baldmöglichst getan werden.

2.2.2.3. Die Regelung des Grenzgängerstatus durch den Bundesrat

Der Begriff des Grenzgängers ist weder im ANAG noch in der ANAV definiert. Erst in Art. 16 BVO 1973¹⁵¹ wurde die Grenzgängerbewilligung erstmals ausdrücklich rechtlich erfasst und ausgeführt¹⁵². Die rechtliche Fixierung einer besonderen Ausländerkategorie und deren Regelung erscheint im Hinblick auf die im Gesetz bereits abschliessend vorgenommene Dreiteilung der Bewilligungsarten als sehr weitreichend¹⁵³. Es stellt sich daher die Frage, ob der Bundesrat die Kompetenz zu einer solchen Normsetzung aus einer besonderen Delegationsbestimmung oder aus seiner allgemeinen Vollzugskompetenz herzuleiten vermag.

Eine auf das allgemeine Vollzugsrecht gestützte Rechtsetzungskompetenz lässt sich nach der heutigen Delegationspraxis nur im Bereich der Vollziehungsverordnung rechtfertigen. Die Schaffung einer besonderen Aufenthaltsbewilligung bzw. die damit verbundene, vom Gesetz nicht vorgesehene Verankerung eines weiteren, mit zum Teil neuen Rechten und Pflichten¹⁵⁴ verknüpften Anwesenheitsstatus, kann schwerlich als blosse Ausführungsgesetzgebung bezeichnet werden¹⁵⁵. Die vom Bundesrat getroffenen Regelungen können daher nicht aus der ihm in Art. 102 Ziff. 5 BV zugewiesenen Vollzugskompetenz abgeleitet werden¹⁵⁶.

¹⁵¹ AS 1973, 1098. Vorher wurden die Grenzgänger zwar einmal in die Kontingentierung miteinbezogen, vgl. Art. 5 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 2 BVO 1965 (AS 1965, 119), daraufhin aber ausdrücklich von der Regelung ausgenommen, vgl. Art. 4 Abs. 2 BVO 1966 (AS 1966, 477) und Art. 2 Abs. 2 lit. a BVO 1968 (AS 1968, 362); vgl. Mohr S. 33.

¹⁵² BBl. 1978 II 203. In der heute geltenden Fassung vom 6. Oktober 1986 (AS 1986, 1791) wird die Grenzgängerbewilligung in Art. 23 umschrieben.

¹⁵³ Gl. M. Macheret, Immigration, S. 30, dessen Ausführungen sich auf die zahlenmässig etwa gleichbedeutenden Saisonniers beziehen.

¹⁵⁴ Anzuführen wären diesbezüglich die Privilegierungen und die damit verbundenen besonderen Zulassungsvorschriften.

¹⁵⁵ Vgl. dazu Pfanner S. 66.

¹⁵⁶ Zu einem anderen Resultat gelangt man ev. unter Zugrundelegung der Kompetenztheorie. Danach hätte der Bundesrat ohne besondere Delegationsnorm von Verfassungs wegen eine Rechtsetzungskompetenz, die nur durch den gesetzlichen Rah-

Ueber den Bereich der Vollzugsgesetzgebung hinaus kann der Bundesrat nur dann rechtsetzend tätig werden, wenn er durch eine Delegationsnorm des Gesetzgebers autorisiert ist. Eine derartige Ermächtigung könnte in Art. 25 Abs. 1 ANAG gesehen werden, der den Bundesrat dazu anhält, die "zur Durchführung erforderlichen Vorschriften" aufzustellen. Obwohl für den blossen Vollzug eine besondere Erwähnung nicht notwendig wäre, lässt sich daraus nicht die Folgerung ableiten, der Gesetzgeber habe dem Bundesrat mehr als ein Vollzugsrecht zugestehen wollen¹⁵⁷. Ausserdem sprechen einerseits der Wortlaut von Art. 25 Abs. 1 ANAG bzw. die gleichgefasste Formulierung zum Vollzugsrecht der Kantone in Art. 25 Abs. 3 ANAG, andererseits auch die speziell vorgenommenen Delegationen im Gesetz¹⁵⁸ eher gegen eine gestützt auf Art. 25 Abs. 1 ANAG ausgeweitete Rechtsetzungskompetenz des Bundesrates¹⁵⁹.

Weiter fragt es sich, ob der besonderen Aufzählung in Art. 25 Abs. 1 lit. a - h ANAG eigenständige Bedeutung in der Weise zukommt, dass in den erwähnten Sachbereichen eine über den blossen Vollzug hinausgehende Normsetzung des Bundesrates zugelassen wird, oder ob damit nur der allgemeine Gesetzgebungsauftrag konkretisiert werden sollte. Während die in Art. 25 Abs. 1 ANAG verwendete Formulierung "insbesondere" eher gegen eine besondere Delegationsnorm spricht, muss aufgrund der in lit. a - h aufgeführten Themen, die im ANAG zum Teil keine weitere Regelung fanden, auf eine ausgeweitete Rechtsetzungsbefugnis geschlossen werden¹⁶⁰.

men des Gesetzgebers beschränkt würde; vgl. in diesem Sinn Pfanner S. 66 ff. Allerdings wäre auch hier zu prüfen, ob nach den Grundsätzen der Wesentlichkeit die Regelung nicht dem Gesetzgeber überlassen bleiben müsste.

¹⁵⁷ Gl. M. Hofstetter S. 19, 26. Eine solche Klausel findet sich zudem häufig in einem Bundesgesetz, womit auch dem verpflichtenden Charakter der Vollzugsaufgabe Ausdruck verliehen wird.

¹⁵⁸ So z. B. in Art. 2 Abs. 1 letzter Satz, Art. 2 Abs. 3 oder Art. 18 Abs. 4 ANAG.

¹⁵⁹ In der Botschaft wird denn auch von "Unterbringung der Einzelheiten" gesprochen, BBl. 1929 I 922; vgl. auch BGE 106 Ib 134 Erw. 4b.

¹⁶⁰ Vgl. z. B. lit. h, zu dem in BBl. 1948 I 1301 ausgeführt

Im Gegensatz zur generellen Vollzugsklausel in Art. 25 Abs. 1 ANAG ist daher Abs. 1 lit. a - h trotz des verwendeten Terminus "insbesondere" als selbständige Delegationsnorm zu weitergehenden Bestimmungen zu verstehen¹⁶¹. Wird damit auch die Bestimmung in Art. 25 Abs. 1 lit. a ANAG über den "kleinen Grenzverkehr" als Delegationsnorm anerkannt, erscheint es jedoch nicht eindeutig, dass damit auch die Regelung des Grenzgängerstatus erfasst ist. Unter dem "kleinen Grenzverkehr" wird zwar der privilegierte Personen- und Warenverkehr innerhalb der Grenzzonen über die Staatsgrenze hinweg verstanden¹⁶², doch bedeutet dies noch nicht, dass darunter auch die Regelung der Anwesenheit bzw. des Arbeitsverhältnisses der Grenzgänger subsumiert wird. Der Begriff des "Grenzverkehrs" deutet vielmehr auf die Regelung dynamischer "Verkehrs"-Verhältnisse als auf den "statischen" Bereich der Anwesenheitsregelung hin¹⁶³. Zieht man darüber hinaus in Betracht, dass die Anwesenheit der Ausländer bereits im Gesetz geregelt wird, drängt sich der Schluss auf, dass die Regelung der Grenzgängerbewilligung nicht in Art. 25 Abs. 1 lit. a ANAG miteinbezogen ist. Selbst wenn Art. 25 Abs. 1 lit. a ANAG als über den Vollzugsbereich hinausgehende Delegationsbestimmung betrachtet wird, ist die Regelung des Aufenthaltsstatus der Grenzgänger davon nicht miterfasst. Lässt sich die Rechtsetzungskompetenz des Bundesrates bezüglich der Grenzgänger

wurde, dass der Bundesrat damit zum Erlass abschliessender Vorschriften ermächtigt werde. Aber auch die Ermächtigung in lit. e zur Abgabe einer jederzeit frei widerrufbaren Bewilligung kann kaum als blosser Ausführung betrachtet werden, so dass, soll die Regelung einen Sinn ergeben, dem Bundesrat auch hier zusätzliche Kompetenzen zugestanden werden müssen.

¹⁶¹ Gl. M. Marti, HGF, S. 158; eher in gegenteiligem Sinn Hofstetter S. 19.

¹⁶² Vgl. Witmer S. 31; Schöttli S. 89; Strupp/Schlochauer, Bd. I, S. 710.

¹⁶³ Dies ergibt sich auch daraus, dass der "kleine Grenzverkehr" im Zusammenhang mit der Ein- und Ausreise sowie der Grenzkontrolle genannt wird. Vgl. dazu auch Entwurf Art. 9 i. V. m. Art. 20, wo der "kleine Grenzverkehr" und die Grenzgängerbewilligung getrennt behandelt werden; vgl. auch Diez, Beziehungen, S. 897, der den "kleinen Grenzverkehr" als "Grenzabfertigung für die in der 10-km-Zone wohnhaften Personen" bezeichnet; Ruth N 44.

aber nur auf seine allgemeine Vollzugskompetenz abstützen, so muss die allgemeine Verankerung des Grenzgängerstatus durch bundesrätliche oder gar niedrigere Erlasse als problematisch bezeichnet werden¹⁶⁴.

2.3. Rechtsetzende Akte unterer Verwaltungsbehörden des Bundes

2.3.1. Zulässigkeit der Rechtsetzung durch dem Bundesrat untergeordnete Behörden

Es stellt sich die Frage, ob den dem Bundesrat untergeordneten Instanzen allgemein Rechtsetzungskompetenzen zustehen oder ob ihnen solche grundsätzlich eingeräumt werden dürfen und im speziellen, ob der Bundesrat die ihm aufgrund einer Delegationsklausel übertragene oder direkt gestützt auf die Verfassung zustehende Rechtsetzungskompetenz weiterdelegieren darf¹⁶⁵.

2.3.1.1. Verfassungsrechtliche Betrachtungsweise

Für die Kompetenzaufteilung zwischen dem Bundesrat und der ihm unterstellten Verwaltungsbehörden ist von Art. 103 BV auszugehen. Dieser, wie auch schon Art. 91 der BV von 1874¹⁶⁶, bestimmt ausdrücklich, dass sämtliche Entscheide der Exekutive grundsätzlich vom Bundesrat als Gesamtbehörde auszugehen hätten¹⁶⁷. Den De-

¹⁶⁴ Gl. M. Reymond S. 370; vgl. demgegenüber die klare Fixierung der vom Volk verworfenen Regelung in Entwurf Art. 20.

¹⁶⁵ Im Fremdenrecht von grosser Bedeutung war diese Problematik vor der mit der BVO vom 6. Oktober 1986 durchgeführten Totalrevision, durch welche die wesentliche Bestimmungen des Fremdenrechts enthaltenden Verordnungen des EJPD und des EVD aufgehoben (Art. 57 Abs. 1 BVO) und in die Bundesratsgesetzgebung überführt wurden.

¹⁶⁶ AS 1, 30.

¹⁶⁷ BBl. 1975 I 1454. Damit ist für die Exekutive das sogenannte

partementen wurde anfänglich lediglich die Prüfung, Ausfertigung und Ausführung der Geschäfte überlassen¹⁶⁸. Mit dieser Kompetenzaufteilung sollte eine Machtkonzentration in der Person eines Einzelnen verhindert und damit der Bürger vor bürokratischen Annahmen und Anwendlungen gesichert werden¹⁶⁹. Ausserdem hat diese Organisation nicht nur zur Folge, dass damit der Exekutive eine gewisse Stabilität und Kontinuität verliehen wird¹⁷⁰, sondern auch, dass bei einer Entscheidung neben den jeweiligen Interessen der mit dem Problem beschäftigten Verwaltungseinheit grundsätzlich die Interessen der gesamten Administration miteinbezogen und berücksichtigt sind, so dass sich der Meinungspluralismus voll entfalten kann¹⁷¹. Treffen diese Beweggründe schon für den Einzelentscheid zu, müssen sie um so mehr für die Normsetzung gelten.

Es zeigte sich aber schon bald, dass der Bundesrat bei strikter Einhaltung der ihm vorgegebenen Ordnung vollkommen überlastet würde¹⁷². Die erlassenen Organisationsgesetze wichen deshalb schon bald von der verfassungsrechtlichen Ordnung ab, indem sie die Departemente unter Vorbehalt des endgültigen Entscheides des Bundesrates für alle Geschäfte zuständig erklärten, die ihnen Kraft Gesetz

Kollegialprinzip in der BV verankert, vgl. BBl. 1975 I 1466 ff.; Saladin, ZSR 1985, S. 279; Schmucki-Hengartner S. 22. Dieses Prinzip kann darüber hinaus ganz allgemein als Grundprinzip der Verfassung betrachtet werden, liegt es doch der ganzen Organisationsstruktur der Verfassung zu Grunde, in dem alle wesentlichen Staatsfunktionen in Friedenszeiten von einem Kollegium ausgeübt werden.

¹⁶⁸ Dies ergibt sich in aller Deutlichkeit aus der Verfassung von 1848 durch folgende Formulierung: "Die Geschäfte des Bundesrates werden nach Departementen unter die einzelnen Mitglieder vertheilt. Diese Eintheilung hat aber einzig zum Zweck, die Prüfung und Besorgung der Geschäfte zu fördern; der jeweilige Entscheid geht von dem Bundesrathe als Behörde aus."; vgl. dazu Burckhardt S. 742; Schmucki-Hengartner S. 23. Andere untergeordnete Amtsstellen waren im Gegensatz zur heutigen in Art. 103 Abs. 2 BV festgelegten verfassungsrechtlichen Regelung gar nicht vorgesehen.

¹⁶⁹ StenBull. NR 1913, 379 (V Müller); BBl. 1975 I 1466; allgemein zu den Funktionen des Kollegialprinzips Saladin, ZSR 1985, S. 278 m. w. H.

¹⁷⁰ Dies deshalb, weil praktisch nie das ganze Kollegium erneuert wird.

¹⁷¹ Vgl. dazu BBl. 1975 I 1466; Schweizer S. 147.

¹⁷² Burckhardt S. 755; Gstrein S. 31.

oder Zuweisung durch den Bundesrat überwiesen wurden¹⁷³. Der Gesamtbundesrat entschied nur noch über wichtige Fragen selbst und über die die delegierten Geschäfte betreffenden Beschwerden¹⁷⁴. Bestand Einigkeit darüber, dass die von der Verfassung bestimmte Kompetenzordnung innerhalb der Exekutive aus Zweckmässigkeitsgründen gesetzlich neu festzulegen sei, so wichen die Meinungen über die Verfassungsmässigkeit der bisherigen Entwicklung stark voneinander ab¹⁷⁵. Diese verfassungsrechtlichen Bedenken wurden durch die Einfügung der noch heute geltenden Regelung in Art. 103 BV am 25. Oktober 1914 ausgeräumt¹⁷⁶. Art. 103 Abs. 2 BV lässt eine Delegation "bestimmter Geschäfte" an Departemente oder ihnen untergeordnete Amtsstellen unter Vorbehalt des Beschwerderechtes¹⁷⁷ zu, soweit dies von der Bundesgesetzgebung vorgesehen ist.

Aufgrund der Formulierung "bestimmter Geschäfte"¹⁷⁸, des vorbehaltenen Beschwerderechtes¹⁷⁹ und der geschichtlichen Entwicklung von Art. 103 BV¹⁸⁰ ist davon auszugehen, dass diese Be-

¹⁷³ Vgl. die Entwicklung anhand folgender Erlasse: BG vom 16. Mai 1849 (AS a. F., Bd. 1, S. 49, teilweise geändert in AS a. F. Bd. 11, S. 256); BB vom 21. August 1878 (AS Bd. 3, 480), BRB vom 9. April 1897 (AS Bd. 16, 117); BG vom 26. März 1914 (AS 1914, 292); BRB vom 17. November 1914 (AS 1914, 602); eine Ausweitung dieser Zuweisung war mit der Ausdehnung des Anwendungsbereiches der Verwaltungsgerichtsbeschwerde verbunden, vgl. dazu BGE 110 Ib 301 ff. Erw. 2a.

¹⁷⁴ StenBull. NR 1913, 379 (V Müller).

¹⁷⁵ Dies zeigte sich v. a. anlässlich der Vorbereitungen zu einem neuen Organisationsgesetz, vgl. StenBull. NR 1913, 379 (V Müller), 346 (V Blumer) gegenüber 365/6 (V Hoffmann), 387 (V Lohner) und StenBull. NR 1914, 134 (V Bonjour) gegenüber 139 (V Häberlin).

¹⁷⁶ AS 1914, 659.

¹⁷⁷ In verschiedenen Spezialgesetzen wird jedoch den untergeordneten Behörden die Befugnis zum selbständigen und endgültigen Entscheid überlassen. Vgl. die zutreffende Kritik von Pfanner S. 238; Saladin, ZSR 1985, 273.

¹⁷⁸ Schon aufgrund dieser Terminologie ist eine Rechtssetzungsübertragung *contrario* abzulehnen, a. A. Marti, Verwaltungsrecht, S. 110.

¹⁷⁹ So sind Erlasse des Bundes von einer direkten Rechtskontrolle grundsätzlich ausgeschlossen.

¹⁸⁰ Die Beschränkung von Art. 103 Abs. 1 BV auf die "Geschäftsführung" lässt sich dadurch erklären, dass die einzelnen Verwaltungsakte den Bundesrat im Hinblick auf die gemachten Erfahrungen am meisten belasteten. Eine Ueberlastung des Bundesrates durch die ihm aufgrund des

stimmung nicht zur Regelung der Rechtsetzungskompetenz innerhalb der Bundesverwaltung geschaffen wurde¹⁸¹. Zudem muss das Kollegialprinzip als staatsrechtlicher Grundsatz, wenn schon bezüglich der "Geschäfte", erst recht bei der Rechtsetzung Geltung beanspruchen können. Betrachtet man aber das Kollegialprinzip als verfassungsimmanentes Staatsprinzip, so ist dem Bundesrat eine Weiterübertragung von Rechtsetzungskompetenzen ohne ausdrückliche Verfassungsgrundlage untersagt; dasselbe muss auch für den Gesetzgeber gelten. Auch im Hinblick auf die Legitimationsgrundlage des Rechtssatzes lässt sich das Verbot der Subdelegation rechtfertigen, wird doch diese durch eine (Weiter)übertragung an untere Verwaltungsinstanzen stets weiter geschwächt¹⁸². Aus diesen Gründen muss die Uebertragung von Rechtsetzungskompetenzen an dem Bundesrat untergeordnete Verwaltungsinstanzen als verfassungswidrig bezeichnet werden¹⁸³. So wurde denn auch anlässlich der Totalrevision der BV auf das Auseinanderklaffen von Verfassungsnorm und Verfassungswirklichkeit hingewiesen¹⁸⁴.

2.3.1.2. Zulässigkeit auf Grund gesetzlicher Bestimmungen

Eine ausdrückliche gesetzliche Erwähnung fand die Rechtsetzung durch die dem Bundesrat untergeordneten Instanzen in Art. 7 Abs. 1 des "BG über die Rechtskraft der Bereinigten Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen für die Jahre 1848 - 1947

Gewaltenteilungsprinzips nur beschränkt zustehende Rechtsetzungsfunktion konnte zum damaligen Zeitpunkt nicht im Blickfeld des Verfassungsgebers gestanden haben.

¹⁸¹ Das Bundesgericht geht denn in seiner Rechtsprechung davon aus, dass diesbezüglich eine ausdrückliche Regelung in der Verfassung fehlt, BGE 105 V 184 Erw. 2b; 101 Ib 74 Erw. 4.

¹⁸² Der Bundesrat untersteht anders als untere Instanzen noch einer direkten Verantwortlichkeit der Bundesversammlung.

¹⁸³ Vgl. auch zur "logischen Unmöglichkeit" der Subdelegation Giacometti, Staatsrecht, S. 496; Kuhne S. 92; dagegen die Regelung in Art. 101 Abs. 1 VE.

¹⁸⁴ Vgl. BBl. 1985 III 106.

und über die neue Reihe der Sammlung" (=Rechtskraftgesetz)¹⁸⁵. Die Materialien zu diesem Gesetz zeigen, dass darin die den Abteilungen kriegsbedingtermassen eingeräumten Rechtssatzkompetenzen wieder eingeschränkt werden sollten. Die Ausführungen in der Botschaft machen dabei deutlich, dass den Departementen bisher grundsätzlich eine Rechtsetzungskompetenz zustand, deuten aber darauf hin, dass ihnen diese Möglichkeit in Zukunft entzogen werden sollte¹⁸⁶. Auf der anderen Seite ist aufgrund der Verhandlungen der Räte eher darauf zu schliessen, dass den Departementen eine Rechtsetzungsmöglichkeit belassen bleiben sollte¹⁸⁷.

Die Regelung von Art. 7 des Rechtskraftgesetzes fand Eingang in Art. 7 Abs. 5 des "BG über die Organisation und die Geschäftsführung des Bundesrates und der Bundesverwaltung" vom 19. September 1978¹⁸⁸. Obwohl sich die Botschaft nur in bezug auf die Organisation der Bundesverwaltung mit dem Problem der Rechtssetzungsdelegation an das Departement befasste¹⁸⁹, kann aufgrund der Verlegung der im Entwurf sich in Art. 64 Abs. 5 VwOG befindlichen Norm in das die Grundsätze behandelnde erste Kapitel sowie der mit Art. 7 Rechtskraftgesetz inhaltlich praktisch gleichwertigen Formulierung davon ausgegangen werden, dass das Delegationsrecht allgemein geordnet werden sollte¹⁹⁰. Dabei wird in der Botschaft

¹⁸⁵ AS 1949 II 1523; vgl. auch dessen Bestätigung in Art. 4 Abs. 2 des "BG über die Herausgabe einer neuen bereinigten Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen" vom 6. Oktober 1966, AS 1967, 17.

¹⁸⁶ BBl. 1948 I 806/7; BGE 101 Ib 74 Erw. 4; eher im gegenteiligen Sinn BBl. 1975 I 1496.

¹⁸⁷ Vgl. BBl. 1948, 806/7; StenBull. NR 1948, 13/4 (V Bucher); StenBull. StR 1948, 27; BGE 101 Ib 74; VPB 1970/71 Nr. 12. Daneben weist Art. 7 Abs. 2 Rechtskraftgesetz darauf hin, dass die Delegation nur beschränkt auf der Stufe der Abteilung eingeschränkt werden sollte und zudem die den Abteilungen entzogenen Kompetenzen an die Departemente fallen sollten.

¹⁸⁸ "Verwaltungsorganisationsgesetz" (SR 172.010 = AS 1979, 114, VwOG), wo in Art. 71 lit. I die entsprechende Bestimmung im Rechtskraftgesetz aufgehoben wird.

¹⁸⁹ BBl. 1975 I 1496.

¹⁹⁰ In diesem Sinne auch StenBull. StR 1977, 535 (V Honegger). Die übrigen speziellen Ordnungsvorschriften blieben dagegen im fünften Titel, vgl. Art. 61 ff. VwOG.

davon ausgegangen, dass der Bundesrat die grundsätzlichen Regelungen selbst vorzunehmen habe¹⁹¹. Die Kompetenz der Departemente sei dementsprechend so zu verstehen, dass sie nur die "Detailorganisation" betreffe, soweit die Verordnungen des Bundesrates dafür überhaupt noch Raum lassen. Eine ausdrückliche Klarstellung dieser Frage im Gesetz wäre, um alle Zweifel zu beseitigen, jedoch wünschbar gewesen. Mit Blick auf die praktische Notwendigkeit tendiert die h. L. in neuerer Zeit eher dahin, die Subdelegation an die Departemente unter gewissen Voraussetzungen grundsätzlich zuzulassen¹⁹².

Ausdrücklich ausgeschlossen blieb im VwOG wie schon im Rechtskraftgesetz hingegen eine vom Bundesrat selbständig vorgenommene Ueberweisung von Rechtsetzungsaufgaben an den Departementen untergeordnete Instanzen. Eine solche muss durch den Gesetzgeber in einem Bundesgesetz oder allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss ausdrücklich vorgesehen sein¹⁹³.

Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung die Uebertragung von Rechtsetzungsbefugnissen an ein Departement durch den Bundesrat aufgrund des Umkehrschlusses von Art. 7 Abs. 5

¹⁹¹ Es wird darauf hingewiesen, dass die Rechtsetzung prinzipiell "von einer zentralen, politische Verantwortung tragenden Stelle" ausgehen sollte, BBl. 1975 I 1496 i. V. m. 1536. Die verfassungsmässige Grundordnung wie auch der Bürger und das Parlament verlangen, dass ein Grossteil der Normsetzung - zumindest aber wichtige Entscheidungen - von der direkt der demokratischen Kontrolle unterstehenden Verwaltungsspitze vorgenommen werde, BBl. 1975 I 1497. Ganz gegen eine selbständige Subdelegation durch die Exekutive spricht sich die zürcherische Rechtsprechung aus, vgl. Moser, Normenkontrolle, S. 168.

¹⁹² Vgl. zu den unterschiedlichen Ansichten: ZBl. 1980, 309/10; VPB 1970/1 Nr. 12; Aubert, *Traité II*, N 1588; Brack S. 57 f.; Brühwiler S. 216 f. mit internationalem Vergleich; Cottier S. 47; Eichenberger, *oberste Gewalt*, S. 257; Fleiner/Giacometti S. 801; Giacometti, *Rechtsverordnungsrecht*, S. 391 f.; Hofstetter S. 23 ff. m. w. H.; Imboden/Rhinow Nr. 63 A III; Knapp N 207; Marti, *Verordnungsrecht*, S. 109 f.; Moser, *Rechtsverordnung*, S. 20; Stampfli S. 65.

¹⁹³ Vgl. dazu Stampfli S. 66. Die Frage der Verfassungsmässigkeit dieser Regelung konnte vom Bundesgericht aufgrund von Art. 113 Abs. 3 BV bisher nicht überprüft werden, vgl. BGE 101 Ib 75 Erw. 4a.

Rechtskraftgesetz grundsätzlich für zulässig erklärt¹⁹⁴. In konstanter Rechtsprechung ging es bezüglich des Masses dieser Subdelegation jedoch davon aus, dass sich diese auf Vorschriften technischer Natur beschränke, keine Rechtsgrundsätze, namentlich des Verfassungsrechtes, in Frage stehen dürften und grundsätzlich analog die bei der Delegation massgeblichen Voraussetzungen zu beachten seien¹⁹⁵. Auch nach der Inkraftsetzung des VwOG hielt das Bundesgericht an dieser Rechtsprechung fest¹⁹⁶. Dagegen bestehen gegenüber Zuweisungen von Rechtsetzungskompetenzen an die dem Bundesrat untergeordneten Instanzen keine Einschränkungen, sofern sie sich auf ein Bundesgesetz abstützen lassen, da das Bundesgericht dieses gemäss Art. 113 Abs. 3 BV nicht auf seine Verfassungsmässigkeit zu überprüfen vermag.

2.3.1.3. Zusammenfassung

Eine Uebertragung von Rechtsetzungskompetenzen an dem Bundesrat untergeordnete Stellen ist verfassungsrechtlich abzulehnen. Da aber Bundesgesetze aufgrund von Art. 113 Abs. 3 BV nicht auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüfbar sind, kann der Gesetzgeber eine solche Delegation selbst vornehmen oder sie dem Bundesrat gestatten¹⁹⁷. Der Gesetzgeber scheint mit Art. 7 Abs. 5 VwOG die Delegationsmöglichkeit des Bundesrates in allgemeiner Weise so festgelegt zu haben, dass dieser selbständig eine auf die Detailregelung beschränkte Rechtsetzungskompetenz dem Departement überlassen darf. Der Umfang dieser Kompetenz wurde aber vom Bundesgericht -

¹⁹⁴ BGE 105 V 27 Erw. 3a, 184 Erw. 2b, 258 Erw. 2; 101 Ib 74 Erw. 4a m. w. H.; ZBl. 1980, 308; vgl. Imboden/Rhinow Nr. 63 A III; Knapp N 208; Manfrini S. 91 f.; Stampfli S. 65.

¹⁹⁵ BGE 107 Ib 194 Erw. 4a; 101 Ib 76 Erw. 4b, wo auf das Erfordernis einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage hingewiesen wird.

¹⁹⁶ BGE 110 Ib 301 Erw. 2; 107 Ib 194.

¹⁹⁷ BGE 108 IV 58 Erw. 5a.

neben dem Vorbehalt wesentlicher Rechtsgrundsätze - grundsätzlich auf technische Vorschriften beschränkt. Eine Uebertragung von Rechtsetzungskompetenzen durch den Bundesrat an dem Departement untergeordnete Instanzen bleibt dagegen ausdrücklich unzulässig; dafür bedürfte es einer Anordnung der Legislative.

Nicht anwendbar ist diese Regelung auf Verwaltungsverordnungen. Sie sind vom Verbot insofern ausgenommen, als dieses Recht allen Verwaltungsbehörden aufgrund der Verwaltungshierarchie zusteht¹⁹⁸. Dies ergibt sich auch daraus, dass nach dem übernommenen Art. 7 Abs. 5 des Rechtskraftgesetz von "allgemein verpflichtenden Vorschriften" ausgegangen wird und daran materiell nichts geändert werden sollte.

2.3.1.4. Bedeutung untergeordneter Erlasse im Fremdenrecht

Während das ANAG den Departementen grundsätzlich keine Rechtsetzungskompetenz zuweist¹⁹⁹, räumt die ANAV dem Departement oftmals ein Weisungsrecht ein²⁰⁰. Gestützt auf dieses Ausführungsrecht erliessen sowohl das EVD²⁰¹ als auch das EJPD²⁰² wichtige bis vor kurzem in Kraft stehende Bestimmungen, wobei v. a. bei der zuletzt genannten Verordnung nicht nur der "technische Charakter" bezweifelt werden musste²⁰³, sondern auch kaum mehr von einem Vollzugserlass gesprochen werden konnte²⁰⁴. Mit der To-

¹⁹⁸ Siehe dazu vorne Abschnitt 2.3.2.3., S. 50.

¹⁹⁹ Lediglich in Art. 15 Abs. 4 ANAG wurde ein Weisungsrecht des Departementes festgesetzt.

²⁰⁰ Vgl. Hofstetter S. 22 N 28.

²⁰¹ "Verordnung des EVD über die Begrenzung der Zahl der erwerbstätigen Ausländer" vom 26. Oktober 1983 (AS 1983, 1463).

²⁰² "Verordnung des EJPD über die Begrenzung der Zahl der Ausländer" vom 26. Oktober 1983 (AS 1983, 1438).

²⁰³ Gl. A. Hofstetter S. 25.

²⁰⁴ So fanden sich darin z. B. wesentliche Bestimmungen über die Erteilung von Anwesenheitsbewilligungen oder den Familiennachzug, die in einem formellen Gesetz zu regeln wären; gl. M. Pfanner S. 69 f.

talrevision der BVO vom 6. Oktober 1986²⁰⁵ wurde diesem Mangel insofern entgegengetreten, als die Bestimmungen der nunmehr aufgehobenen Departementsverordnungen - ohne grosse materielle Aenderungen - in die BVO eingebaut wurden²⁰⁶. Die Rechtsetzung unterer Verwaltungsbehörden des Bundes ist daher derzeit ohne grosse Bedeutung.

2.3.2. *Verwaltungsverordnungen des Bundes mit Aussenwirkung*

2.3.2.1. *Begriff der Verwaltungsverordnungen mit Aussenwirkung*

Eine der verschiedenen Systematisierungen der Verordnungen²⁰⁷ besteht in der Unterscheidung von Rechts- und Verwaltungsverordnung. Während gemäss h. L. erstere die Rechtsstellung der Bürger beeinträchtigt, d. h. deren Rechte und Pflichten festlegt, hat zweitere darauf keine Einwirkungen, sondern betrifft nur den internen Verwaltungsbetrieb²⁰⁸. In Doktrin und Rechtsprechung²⁰⁹ wird aber anerkannt, dass sich im Bereich der Verwaltungsverordnung ein Typ herausgebildet hat, der sich nicht mehr gänzlich mit der theoretischen Definition und den daran angeknüpften Rechtsfolgen vereinbaren lässt. Es handelt sich dabei um von übergeordneten (Aufsichts)behörden oder Amtsvorstehern erlassene Vorschriften, welche den dem Rechtsanwender überlassenen Ermes-

²⁰⁵ Siehe hinten Abschnitt 2.2.2.2., S. 34.

²⁰⁶ Art. 57 Abs. 1 BVO. Lässt sich daraus eine Annäherung an die verfassungsmässige Regelung der Rechtsetzungskompetenz erkennen, bleibt doch die Tatsache bestehen, dass einige dieser Bestimmungen in einem formellen Gesetz zu regeln wären.

²⁰⁷ Vgl. dazu die Uebersicht bei Jagmetti S. 31 ff.

²⁰⁸ Vgl. BGE 107 IV 187 Erw. 1b; 105 Ia 352; Gstrein S. 27, 57; Hofstetter S. 31; Lendi, Ermessen, S. 63; Darlegung der Lehrmeinungen bei Macheret, Immigration, S. 24; Manfrini S. 201 ff. m. w. H.; Müller, Rechtsetzung, S. 198, der dieser Begriffsbestimmung jedoch kritisch gegenübersteht (S. 200); Pfanner S. 71 N 39.

²⁰⁹ Vgl. Stampfli S. 10 f.; Hofstetter S. 43 ff.; Knapp N 217 ff.; Manfrini S. 205 f., 234 ff.

sensspielraum oder die Auslegung gesetzlicher Bestimmungen näher umschreiben sollen²¹⁰. Sie sind zwar immer noch nur an die Verwaltung gerichtet, doch üben sie durch die Rechtsanwendung indirekt einen tatsächlichen Einfluss auf die Rechtsstellung der Allgemeinheit aus²¹¹. Diese in der Praxis in der Form von Weisungen, Kreisschreiben, Direktiven, Zirkularen usw.²¹² gefassten generell-abstrakten Normen können als "Verwaltungsvorschriften mit Aussenwirkung" (=VVO m. A.) bezeichnet werden²¹³.

2.3.2.2. Die Bedeutung im Fremdenrecht

Neben den bisher aufgezeigten landesrechtlichen Rechtsquellen nehmen die VVO m. A. im Fremdenrecht einen quantitativ breiten Raum ein²¹⁴. Der sich schon allgemein aus der Vielfalt der Rechtsetzungserlasse ergebende Mangel an Transparenz wird dabei weiter dadurch verstärkt, dass deren Aufstellung von verschiedenen Behörden ausgeht, die organisatorisch mehr²¹⁵ oder weniger²¹⁶ miteinander verbunden sind. Die Bedeutung der VVO m. A. ist aber auch qualitativ sehr gross, weil diese die sehr lückenhafte Gesetzgebung im Ausländerrecht weiter ausgestalten und mit ihnen dabei oftmals die in der Praxis gemachten Erfahrungen in eine rechtliche Form ge-

²¹⁰ Vgl. BGE 98 Ia 511; Fleiner, Verwaltungsrecht, S. § 12 N 67 ff.; Hofstetter S. 35 ff.; Pfanner S. 71; Vogel S. 160/1; allgemein zu den verschiedenen Arten der VVO m. A. Stampfli S. 105 ff.

²¹¹ Vgl. BGE 105 Ia 345 ff.; Macheret, Immigration, S. 26; Manfrini S. 234/5; Stampfli S. 20.

²¹² Vgl. allgemein zur Form dieser Erlasse VPB 1980, Nr. 127 S. 601; Hofstetter S. 32/3; Stampfli S. 16; zur Begriffsbestimmung Gstrein S. 9.

²¹³ Vgl. VPB 1975, Nr. 86; Manfrini S. 206; Marti, HGF, S. 155; kritisch zu dieser Begriffsbestimmung Lamercy S. 272. Der VwVO, die nur Wirkungen gegenüber den Behörden zeitigen, sei der Begriff der "Verwaltungsverordnung mit Innenwirkung" (=VVO m. I.) zugeordnet.

²¹⁴ Vgl. dazu die veröffentlichten Dokumentationen der Weisungen des BIGA und des BFA; Bericht SK S. 42 zur koordinierten Arbeitsmarktpolitik.

²¹⁵ Z. B. das EJPD und das BFA.

²¹⁶ Z. B. das EJPD und das BIGA.

bracht werden sollen. Da sie, weil sich die rechtsanwendenden Behörden grundsätzlich an diesen Vorschriften orientieren, den Rechtsstatus der Betroffenen in wesentlichem Masse mitausgestalten, müssen die VVO m. A. im Hinblick auf den Rechtsvollzug als äusserst bedeutsam bezeichnet werden²¹⁷.

2.3.2.3. Die Rechtsgrundlage der Verwaltungsverordnung mit Ausenwirkung

Wie bereits ausgeführt wurde²¹⁸, ist die Zuständigkeit unterer Verwaltungsbehörden zum Erlass von Rechtsverordnungen stark eingeschränkt. Demgegenüber wurde in der h. L. stets anerkannt, dass jeder Verwaltungsbehörde als Ausfluss der hierarchisch aufgebauten Organisation bzw. der damit verbundenen Befehlsgewalt die Kompetenz zur Aufstellung von Verwaltungsverordnungen gegenüber ihnen untergeordneten Verwaltungseinheiten zusteht²¹⁹. Hinsichtlich der Kantone wird diese Befugnis wegen der grundsätzlich fehlenden Dienstaufsichtskompetenz gegenüber kantonalen Beamten²²⁰ aus dem Aufsichtsrecht des Bundes²²¹ über die Kantone hergeleitet²²².

Im Vergleich zur Rechts- und Verwaltungsverordnung mit Innenwirkung nimmt die VVO m. A. faktisch eine Zwischenstellung ein,

²¹⁷ Gl. M. Hofstetter S. 31; Moser, Ausländer, S. 481.

²¹⁸ Hinten Abschnitt 2.3., S. 40.

²¹⁹ Vgl. BGE 102 Ia 67; VPB 1981, Nr. 1 S. 19; 1980, Nr. 127 S. 600; Fleiner, Institutionen, S. 72; Gstrein S. 19 f; Imboden/Rhinow Nr. 9 B I; Knapp N 216; Manfrini S. 43, 85 ff.; Stampfli S. 68 ff. m. w. H.; im Bund Art. 47 Abs. 1 lit. e VwOG.

²²⁰ Vgl. ZBl. 1970, 338; Aubert, Traité I, N 782; Gstrein S. 23, 53; Manfrini S. 196; Moser, Ausländer S. 386; Pfanner S. 73; Stampfli S. 71 ff.

²²¹ Vgl. zum Aufsichtsrecht des Bundes gegenüber den vollzugsberechtigten Kantonen Hangartner, Kompetenz, S. 144 f., 233.

²²² Sog. Verbandsaufsicht, nach der Adressat der bundesrechtlichen Befehlsgewalt der Kanton, nicht direkt der Kantonsbeamte ist, vgl. Aubert, Traité I, N 792; Gstrein S. 23 ff.; Hangartner, Bd. I, S. 88; Hofstetter S. 40; Manfrini S. 195 f.; Moser, Ausländer, S. 388/9; Stampfli S. 71.

die man als Brücke zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung bezeichnen kann, schafft sie doch einen Ausgleich zwischen den beiden sich vielfach in einem Spannungsverhältnis befindenden Postulaten des generell-abstrakten Regelungsbedürfnisses und der Einzelfallgerechtigkeit²²³. Während sie sich aus dem Gesichtswinkel der Bürger aber eher als Rechtsverordnung präsentiert²²⁴, wird sie von der Verwaltung aufgrund ihres Anweisungscharakters eher der VVO m. I. zugeordnet. In ihrer Gesamtheit betrachtet enthält sie damit sowohl Elemente der Rechtsverordnung als auch der VVO m. I., so dass weder die für die eine noch die für die andere dargestellte Kompetenzgrundlage direkt auf sie anwendbar ist²²⁵.

Die Zulässigkeit des Erlasses von VVO m. A. lässt sich letztlich grundsätzlich nur mit der Entscheidungszuständigkeit der Verwaltung als Einheit begründen. Die Aufgabe des Vollzuges und damit die Entscheidung im Einzelfall ist aufgrund der der Verfassung zu Grunde liegenden Organisationsprinzipien grundsätzlich der Exekutive zugewiesen. Dabei umfasst gemäss der hierarchischen Organisationsstruktur der Entscheidungsbereich der oberen Instanz auch denjenigen der unteren. Ist es der Verwaltungsspitze möglich, mehrere Einzelfälle zu entscheiden, kann es ihr aber auch nicht verwehrt werden, gleich gelagerte Situationen einheitlich nach den glei-

²²³ Vgl. Müller, Rechtsetzung, S. 205; Pfanner S. 71 f.; Steinmann S. 68 ff. Dies trifft v. a. dort zu, wo die Rechtslage ausgesprochen von verschiedenen Umständen abhängig ist, deren generell-abstrakte Erfassung schwierig ist, oder bei sich rasch ändernden Verhältnissen. Wird in solchen Fällen auf die Rechtsetzung zugunsten der besseren Berücksichtigung der Einzelfälle verzichtet, so liegt aus Gründen der Voraussehbarkeit, der Rechtsgleichheit und des Willkürschutzes doch ein Bedürfnis zu einer einheitlichen und kontinuierlichen Rechtsanwendung vor, BGE 109 V 212 Erw. 3; 107 Ib 121 Erw. 4a; 102 Ib 46.

²²⁴ So auch Stampfli S. 135; obwohl ihr rechtlich keine Bindungswirkung zukommt, muss faktisch zum Teil von einer solchen ausgegangen werden, vgl. Vogel, S. 160.

²²⁵ So kann aus der Dienstgewalt kein Recht zur - wenn auch nur faktischen - Beeinflussung der Rechtsstellung der Bürger abgeleitet werden, da diesen das wesentliche Element, die Unterordnungspflicht des Beschäftigungsverhältnisses fehlt.

chen Kriterien zu behandeln²²⁶. Es muss ihr daher auch zugestanden werden, im ganzen Verwaltungsbereich die Rechtsvereinheitlichung mit Hilfe von an untergeordnete Verwaltungseinheiten gerichtete Anleitungen durchzusetzen²²⁷. Als Kompetenzgrundlage erscheint daher also nicht allein die hierarchische Befehlsgewalt, sondern primär die Zuständigkeit zum Entscheid und damit zum Vollzug²²⁸.

Gegenüber kantonalen Behörden können die Bundesinstanzen ihre Kompetenz zum Erlass von VVO m. A. neben der Entscheidungskompetenz auch aus der ihnen obliegenden Aufsichtspflicht herleiten²²⁹. Mit dieser soll die Durchsetzung des Bundesrechts in allen Kantonen gewährleistet werden. Dieses Ziel macht jedoch eine Regelungsbefugnis nur in den Fällen erforderlich, wo eine Gesetzesverletzung bereits eingetreten oder zumindest in naher Zukunft zu befürchten ist²³⁰. Damit kann aber, soweit das Verhalten der zu Beaufsichtigenden den gesetzlichen Rahmen nicht verlässt, die Aufstellung sich als rechtsetzend auswirkender Normen nicht begründet werden. Die Kernfrage für den diesbezüglichen Kompetenzumfang der Aufsichtsbehörde lautet daher dahingehend, ob das bisherige oder zu erwartende Verhalten der kantonalen Vollzugsbehörden den gesetzlichen Bestimmungen zuwiderläuft oder ob, von der anderen Seite her gesehen, die Anordnungen der Aufsichtsbehörde aus dem Blickwinkel und zur Durchsetzung des Gesetzes als zwingend zu betrachten

²²⁶ Vgl. Hofstetter S. 37 f.; Manfrini S. 85 ff. m. w. H.; Stampfli S. 173 ff., hingegen S. 168 f.

²²⁷ Der in Art. 4 BV verankerte Grundsatz der Rechtsgleichheit und des Willkürverbotes lässt eine solche Fixierung sogar als Pflicht erscheinen, vgl. BGE 103 Ib 346 f.; 102 Ib 46; Hofstetter S. 39; Pfanner S. 71; Stampfli S. 14 f.

²²⁸ Eine Folge davon ist, dass die im Einzelfall zu beachtenden Grundsätze, so z. B. Gesetzeskonformität und die Berücksichtigung allgemeiner Rechtsgrundsätze, stets auch in den VVO m. A. Eingang finden müssen.

²²⁹ Vgl. Moser, Ausländer, S. 388 f.

²³⁰ Vgl. Gstrein S. 14, der von "Beobachtung" und "Berichtigung" spricht. Die Aufsichtsführung sei eine Sicherung, nicht eine Schöpfung objektiven Rechtes. Nach Hangartner (Kompetenz, S. 235) geht es "nur um eine Kontrolle des Kompetenzgebrauchs".

sind. Muss dies verneint werden, so kann aus der Aufsichtskompetenz keine Zuständigkeit zum weiteren Erlass von VVO m. A. abgeleitet werden; eine zusätzliche Normierung muss der Vollzugsgesetzgebung überlassen bleiben²³¹.

Das aus der Entscheidungskompetenz abgeleitete Weisungsrecht steht jedoch in einem latenten Konflikt mit den allgemeinen Vorschriften des Rechtsetzungsverfahrens²³². Obwohl diese die Weisungsbefugnis unterer Behörden nicht ausschliessen, ist darin zumindest eine Schranke des Weisungsrechtes zu sehen, welche die Grenze zwischen der zulässigen Setzung der VVO m. A. zu Gunsten einer rechtsgleichen und willkürfreien Rechtsanwendung und der verpönten Aufstellung von Normen unter Umgehung des ordentlichen Rechtsetzungsverfahrens festlegt. Ohne Zweifel verlangt der Gesetzesvorbehalt, dass die in den VVO m. A. getroffenen Anordnungen auch als Einzelentscheidungen Bestand hätten, d. h. ohne weiteres auf das Gesetz abgestützt werden können. Weiter ist aber schon im Hinblick auf die Legitimationsgrundlage rechtlicher Bestimmungen zu fordern, dass der Erlass von VVO m. A. dort ausgeschlossen bleibt, wo stattdessen ohne weiteres eine Rechtsetzung erfolgen könnte²³³.

²³¹ Dem Einwand, mit der Aufsichtstätigkeit sei auch die Durchsetzung einer einheitlichen Rechtsanwendung zu garantieren, ist entgegenzuhalten, dass oftmals gerade dort, wo der Gesetzgeber die Regelung offen ausgestaltet hat, mit dem den Kantonen überlassenen Beurteilungs- oder Ermessensspielraum eine gewisse Uneinheitlichkeit bereits in Kauf genommen wurde. Wo dies jedoch nicht der Fall sein soll, ist dies im ordentlichen Rechtsetzungsverfahren festzuhalten.

²³² Neben der unterschiedlichen Publikationspflicht besteht auch stets die Gefahr der Umgehung des Rechtsetzungsverbotes von Art. 7 Abs. 5 VwOG, gl. M. Hofstetter S. 39; Stampfli S. 134, 154, 169. Zum Fall, wo die Weisungen von einer zur Rechtsetzung berechtigten Instanz ausgehen, vgl. Müller, Rechtsetzung, S. 206; Stampfli S. 183 f. Vom Bundesamt für Energiewirtschaft wird die Meinung vertreten, der Erlass von VVO m. A. sei auf diese Instanzen beschränkt, VPB 1981, Nr. 1, S. 19.

²³³ Dies gilt zumindest für Regelungen, die eine wesentliche Einwirkung auf die gesetzlichen Bestimmungen haben und nicht leicht vom Rechtsadressaten vorausgesehen sind; so z. B. im Falle einer seit längerer Zeit eingespielten anerkannten Praxis oder bei vom Einzelfall relativ unabhängigen Grundsatzentscheidungen.

Der Weg der VVO m. A. stünde demnach v. a. dann offen, wenn es sich um rasch ändernde oder dringliche Verhältnisse sowie fallspezifische Eigenheiten handelt sowie im Anfangsstadium einer Praxisbildung²³⁴. Als Grundsatz muss jedoch davon ausgegangen werden, dass alle rechtssatzmässigen Anordnungen, welche über den von den zur Rechtsetzung autorisierten Instanzen festgelegten Rahmen hinausgehen und sich in offensichtlicher Weise auf die Position der Rechtsadressaten auswirken, der Vollzugsgesetzgebung überlassen bleiben müssen²³⁵.

2.3.2.4. Die Rechtswirkungen der Verwaltungsverordnungen mit Aussenwirkung im Fremdenrecht

2.3.2.4.1. Bindung innerhalb der Verwaltung

Mit der h. L. ist davon auszugehen, dass die Beamten grundsätzlich an die von ihnen übergeordneten Instanzen erlassenen VVO m. A. gebunden sind²³⁶, es sei denn, es handle sich um eine den gesetzlichen Bestimmungen klar widersprechende Norm²³⁷. Daneben muss aber auch dem besonderen Charakter sowie Sinn und Zweck der VVO m. A. Rechnung getragen werden. Mit ihr soll eine (etwas zu) offene gesetzliche Regelung durch ein mit den konkreten Umständen

²³⁴ Vgl. BGE 99 Ib 382; Stampfli S. 179. Vielfach bilden erst die anhand von VVO m. A. gemachten Erfahrungen den Grundstein zu einer zukünftigen Rechtsetzung. Gl. M. Knapp N 218.

²³⁵ Gl. M. BGE 86 I 312; VPB 1981, Nr. 1 S. 19/20; Gstrein S. 15 f., 93 f.; Stampfli S. 181.

²³⁶ BGE 105 Ia 353; 104 Ib 418 Erw. 3; Art. 25 Beamtengesetz (SR 172.221.10); vgl. Hofstetter S. 40; Grisel, *Traité I*, S. 234; Gstrein S. 19 ff.; Knapp N 219 ff.; Manfrini S. 194; Stampfli S. 88. Nicht selten erleichtert eine solche Normsetzung die Gesetzesanwendung und ist daher allgemein von den Beamten erwünscht.

²³⁷ BGE 105 Ia 354; VPB 1980, Nr. 127, S. 601; Hangartner, Bd. 1, S. 195; Hofstetter S. 40; Manfrini S. 197 ff. m. w. H.; Pfanner S. 72/3; Stampfli S. 79 ff. m. w. H.

besser vertrautes Organ im Hinblick auf die Rechtsgleichheit weiter konkretisiert werden. Dient sie damit v. a. als Anleitung unterer Behörden für den Normalfall, so enthebt sie indessen den im einzelnen Fall entscheidenden Funktionär nicht gänzlich seiner Beurteilungskompetenz²³⁸. In Fällen, in denen ihm besonders gelagerte Umstände vorzuliegen erscheinen, hat er nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, von den VVO m. A. allenfalls unter vorgängiger Anfrage oder in dringenden Fällen mit nachträglicher Benachrichtigung der Aufsichtsbehörde abzuweichen. Dies ergibt sich daraus, dass der Absicht des Gesetzgebers, den Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen, gegenüber der Befehlsgewalt übergeordneter Stellen Vorrang einzuräumen ist²³⁹. Trotz solcher VVO m. A. ist der mit dem Einzelfall betraute Beamte daher nicht jeglichen Beurteilungsspielraumes beraubt²⁴⁰.

2.3.2.4.2. Bindung gegenüber kantonalen Behörden

Viele VVO m. A. des Bundes wenden sich an die Adresse der Kantone²⁴¹. Deren Beamte unterstehen jedoch nicht der direkten Behördenhierarchie des Bundes²⁴², so dass sich allein daraus keine

²³⁸ Vgl. Knapp N 219; Manfrini S. 222; Pfanner S. 77; Ruth N 83 ff.

²³⁹ In der Praxis dürfte v. a. in Grenzfällen schwierig zu entscheiden sein, wann der Beamte korrekterweise von den VVO m. A. abgewichen ist. Zurecht wird daher in der Lehre auf die sich aus dem Disziplinarrecht ergebende schwierige Lage des Beamten hingewiesen; vgl. Pfanner S. 72; Stampfli S. 84. Zum Schutze der Rechtsordnung wie auch der Funktionäre müsste es daher ermöglicht werden, diese Wertung von unabhängigen Instanzen prüfen lassen zu können. Vgl. dazu auch OG Art. 104 lit. c Ziff. 2.

²⁴⁰ Vgl. z. B. vor der Inkraftsetzung der BVO die VVO m. A. zum Zulassungsverbot von Leuten aus fernen Ländern (BFA-Weisungen Ziff. 123). Kam ein davon betroffener Ausländer, nachdem er vorher längere Zeit in unserem Kulturkreis gelebt hatte, in die Schweiz, so lagen besondere Umstände vor, die ein Abweichen von der Richtlinie nicht nur als rechtmässig, sondern von Art. 4 BV her gesehen als geboten erscheinen liessen.

²⁴¹ Vgl. Lambercy S. 269.

²⁴² Vgl. hinten Abschnitt 2.3.2.3., S. 50.

Bindungswirkung herleiten lässt. Die Kompetenz der Bundes- gegenüber den Kantonsbehörden und damit die Bindungswirkung kann deshalb nur aus der Vollzugs- oder aus der Aufsichtskompetenz des Bundes gegenüber den Kantonen, wie sie oben dargelegt wurde²⁴³, begründet werden.

Das ANAG sieht in Art. 25 Abs. 1 ausdrücklich eine Aufsichtskompetenz des Bundes vor²⁴⁴. Es muss dessen zuständigen Behörden daher gestattet sein, die zur Durchsetzung des Bundesrechtes notwendigen Massnahmen zu treffen, sobald Gefahr besteht, dass der Kanton diesem zuwiderhandelt. Andererseits wird den Kantonen in Art. 4 ANAG im Rahmen der innerstaatlichen Rechtsetzung und der Staatsverträge ein weiter Entscheidungsfreiraum belassen, den auch die eidgenössischen Behörden zu beachten haben²⁴⁵. Inhalt der Bundesaufsicht ist es daher nur, dafür Sorge zu tragen, dass die Kantone die ihnen auferlegten Schranken einhalten und v. a. der im vorgesehenen Verfahren vorgenommenen Rechtsetzung des Bundes Nachachtung verschaffen, nicht aber, deren Ermessensspielraum über diesen Rahmen weiter einzuschränken²⁴⁶. Soweit sich der Vollzug der Kantone als gesetzeskonform erweist, muss daher eine Aufsichtshandlung unterlassen bleiben. Der Erlass von Detailregelungen und allfälligen Interpretationsvorschriften ausserhalb der ordentlichen (Vollzugs)Gesetzgebung durch Verwaltungsverordnungen kann allein aus der Ueberwachungskompetenz nicht mehr abgeleitet werden²⁴⁷.

²⁴³ Siehe hinten Abschnitt 2.3.2.3., S. 50.

²⁴⁴ Zur Entstehung dieser Aufsicht, vgl. Ruth N 89. Damit sollten die Kantone auch vor dem Druck interessierter Kreise geschützt werden, vgl. Moser, Ausländer, S. 412.

²⁴⁵ Mit dieser Entscheidungsfreiheit sollte nach dem Willen des Gesetzgebers eine zu detaillierte den Einzelfall unberücksichtigt lassende Normierung verhindert werden, gl. M. Hofstetter S. 38.

²⁴⁶ Allenfalls ist die Wiederherstellung von Bundesrecht auf dem Gerichtsweg durchzusetzen, vgl. OG 103 lit. b. Der Kanton handelt aber nur dann bundesrechtswidrig, wenn er den ihm zugestandenen Handlungsfreiraum verlässt.

²⁴⁷ A. A. Lamercy S. 274. Es wäre allenfalls anzuführen, die Aufsichtsbehörde sei auch für die Gleichartigkeit der Rechtsanwendung zuständig, weil die Verfassungsrevision von Art. 69 ter BV eine gesamtschweizerische Vereinheitlichung

Soweit eine Verwaltungsverordnung diese Ziele im Auge hat, muss das Aufsichtsrecht als überschritten und die Anordnung gegenüber den Kantonen als nicht verbindlich betrachtet werden²⁴⁸.

Ergibt sich aufgrund des Aufsichtsrechtes keine zwingende Bindung an die VVO m. A., so kann sich eine solche aus der Vollzugskompetenz ergeben. Im Ausländerrecht ergibt sich indessen insofern eine Komplikation, als die Frage der endgültigen Entscheidungsgewalt unterschiedlich und auf verschiedenen Stufen geregelt ist. Während die BV grundsätzlich den Kantonen das endgültige Entscheidungsrecht zugesteht²⁴⁹, kehrt Art. 18 ANAG diesen Grundsatz im Falle eines positiven Zulassungsentscheides nicht nur ins Gegenteil um²⁵⁰, sondern lässt sogar eine Verschiebung der Kompetenzregelung auf Verordnungsstufe zu²⁵¹. Davon machte der Bundesrat

des Fremdenrechtes zu Gunsten des Ausländers angestrebt hätte (vgl. dazu NZZ v. 23. Januar 1986, S. 32). Diese Argumentation ist jedoch schon deshalb klar abzulehnen, weil mit der alleinigen kantonalen Kompetenz bei Bewilligungsverweigerungen sowie der den Kantonen überlassenen Verfahrensregelung - v. a. hinsichtlich des Rechtsschutzes - eine unterschiedliche Bewilligungspraxis bewusst in Kauf genommen wurde.

²⁴⁸ Vgl. zu dieser Problematik ausführlich Lambercy S. 274 ff.

²⁴⁹ Art. 69 ter Abs. 2 BV; vgl. hinten Abschnitt 2.1.3., S. 20.

²⁵⁰ Gl. M. Hofstetter S. 64 f.; Macheret, Immigration, S. 103 ff.; Moor/Hofstetter S. 45 f.; a. M. Pfanner S. 88; Lambercy S. 131.

²⁵¹ Art. 18 Abs. 4 ANAG. Ist diese Regelung sehr stark in Zweifel zu ziehen, muss ihr aufgrund von Art. 113 Abs. 3 BV Rechtsbeständigkeit zugesprochen werden. Damit kann praktisch jedoch der den Kantonen zugestandene Ermessensspielraum umgangen werden. Schliesslich hat der Gesetzgeber damit aber auch einen Widerspruch im Gesetz selbst geschaffen. Wird den rechtsanwendenden Behörden, womit in erster Linie kantonale Stellen angesprochen wurden, durch Art. 4 ANAG im Rahmen der Rechtsordnung ein freies Ermessen zugestanden, so kann ihnen dies zumindest theoretisch durch die Möglichkeit, den endgültigen Entscheid gänzlich dem Bund zuzuweisen, wieder entzogen werden. Dieser Widerspruch kann nur dadurch gelöst werden, dass sich entweder das freie Ermessen grundsätzlich nur auf einen Ablehnungsentscheid bezieht oder die Zuständigkeit vom Bundesrat nur zu Gunsten der Kantone geändert werden darf. Im Hinblick auf den Grundgedanken des Verfassungsgebers kann kein Zweifel darüber bestehen, dass der zweiten Interpretation Vorrang einzuräumen ist. Die Materialien ergeben denn auch, dass Art. 18 Abs. 4 ANAG eingefügt wurde, um damit das Bundesamt vor der durch den grossen Zustrom ausländischer Arbeitskräfte verursachten Ueberlastung entlasten zu können, da in vielen Fällen gar keine sachliche Notwendigkeit für das

mit dem Erlass der "Verordnung über die Zuständigkeit der Fremdenpolizeibehörden" vom 20. April 1983²⁵² auch Gebrauch. Dieses Vorgehen ist jedoch deshalb unproblematisch, weil der Bundesrat damit den selbständigen Vollzugsbereich der Kantone erweiterte. So ist neben der Erteilung der Niederlassungsbewilligung eine Zustimmung des BFA nur noch in bestimmten Fällen der erstmaligen Aufenthaltsbewilligung und deren Verlängerung aus "nichtarbeitsmarktlichen oder nichtwirtschaftlichen Gründen" erforderlich²⁵³. Da davon die Grenzgängerbewilligung nicht erfasst wird, obliegt die diesbezügliche Entscheidungsgewalt allein den Kantonen. Daher lässt sich aus der Vollzugskompetenz des Bundes keine Weisungsgebundenheit der Kantone ableiten.

Somit bleibt festzuhalten, dass, soweit die VVO m. A. den dargelegten Umfang des Aufsichtsrechtes überschreiten, sie gegenüber den Kantonen keine Bindungswirkungen zeitigen. Sie sind daher nur als Vorschlag zu einer einheitlichen Regelung zu betrachten²⁵⁴.

Gleich den Bundesbeamten sind die kantonalen Behörden hingegen an die von ihren übergeordneten Instanzen erlassenen VVO m. A. gebunden²⁵⁵. So bleibt es den Kantonen unbenommen, für ihren Bereich die entsprechenden VVO m. A. zu erlassen, wobei auch hier dem Grundsatz der rechtssatzmässigen Anordnung nachzukommen ist²⁵⁶.

²⁵² Zustimmungsverfahren bestand (BBJ. 1948 I 1299 f.).
SR 142.202 = AS 1983, 535, "Zuständigkeitsverordnung".
Darüber hinaus ist die Zuständigkeit aber auch in Art. 52 BVO geregelt.

²⁵³ AS 1986, 1482 f.; vgl. auch Art. 52 lit. b BVO.

²⁵⁴ Gstrein (S. 13) verwendet dafür den Begriff der "unechten Bundesaufsicht"; Manfrini S. 40 ff. m. w. H.; Pfanner S. 76.

²⁵⁵ Die hinten Abschnitt 2.3.2.4.1., S. 54 gemachten Ausführungen gelten diesbezüglich sinngemäss.

²⁵⁶ Siehe hinten Abschnitt 2.3.2.3., S. 50.

2.3.2.4.3. Die Verwaltungsverordnung mit Aussenwirkung im Verhältnis zum Bürger

Es ist in der h. L. unbestritten, dass der VVO m. A. keine Gesetzeskraft zukommt²⁵⁷. Insofern ist sie vom Bürger her gesehen nicht mehr als eine zum voraus vorgenommene Grundsatzentscheidung der Verwaltung. Soweit eine Verfügung ergeht²⁵⁸, ergeben sich ihm daraus keine Nachteile, muss sich doch der Verwaltungsakt und wegen der fehlenden Rechtskraft auch der in der VVO m. A. enthaltene Grundsatzentscheid auf die gesetzlichen Bestimmungen abstützen, was von der Rechtsmittelinstanz überprüft werden kann²⁵⁹.

Ansatzpunkt der Kritik gegen den Erlass von VVO m. A. aus der Sicht der betroffenen Rechtsadressaten sind vielmehr die sich gegenüber dem ordentlichen Rechtsetzungsverfahren ergebenden Mängel, die deshalb als ungerechtfertigt erscheinen, weil den VVO m. A. faktisch die Wirkungen von Rechtsverordnungen zukommen. Im Vordergrund steht dabei neben den Interessen an einer kompetenzgemässen Rechtsetzung und einer angemessenen Rechtskontrolle das Anliegen transparenter und überschaubarer Rechtsverhältnisse.

Der Vorwurf der mangelnden Transparenz ergibt sich daraus, dass die VVO m. A. grundsätzlich nicht zu veröffentlichen sind²⁶⁰ und zum Teil allgemein jeder privaten Einsichtnahme verwehrt blei-

²⁵⁷ Vgl. BGE 109 V 212 Erw. 3; 107 Ib 52 Erw. 3, 121 Erw. 4a; 104 Ib 52 Erw. 3a; 98 Ia 510; 98 Ib 373; Gstrein S. 59; Hofstetter S. 41; Imboden/Rhinow Nr. 9 B I; Jagmetti S. 110 ff.; Manfrini S. 39 ff.

²⁵⁸ Zum anderen Fall vgl. die neuere Rechtsprechung, die berücksichtigt, dass die internen Weisungen Rechtswirkungen gegenüber den Rechtsgenossen haben können, ohne dass eine anfechtbare Verfügung ergeht, wodurch eine gerichtliche Kontrolle ausgeschlossen bleiben würde, BGE 105 Ia 352 ff.; 104 Ia 150; 102 Ia 187, 538; 98 Ia 510; Hofstetter S. 44 ff.; Imboden/Rhinow Nr. 9 B II c; Knapp N 222.

²⁵⁹ Zur bundesgerichtlichen Praxis vgl. Knapp N 221.

²⁶⁰ Während in Art. 55 lit. d RKG solche Erlasse noch ausdrücklich unberücksichtigt blieben, sieht Art. 14 Abs. 2 PG wenigstens eine fakultative Publikation der Erlasse von mit Bundesaufgaben betrauten Instanzen im Bundesblatt vor.

ben²⁶¹. Dadurch wird es den Betroffenen verunmöglicht, sich über ihre Rechtslage ein Bild zu verschaffen. Soweit sich jedoch eine ausgeübte Praxis in generell-abstrakten Normen festlegen lässt, an die sich die Behörden ohne das Vorliegen besonderer Umstände halten, besteht die Forderung nach Veröffentlichung zu Recht²⁶². Es ist daher zu hoffen, dass diese generell-abstrakten Normierungen, die im wesentlichen eine bestehende Praxis darlegen²⁶³, veröffentlicht, zumindest aber den interessierten Kreisen zugänglich gemacht werden.

2.4. Staatsvertragliche Bestimmungen

2.4.1. Die Kompetenz von Bund und Kanton zum Abschluss von Staatsverträgen

Im Bereich des zwischenstaatlichen Verkehrs ist primär von den Normen des Völkerrechtes auszugehen. Diese knüpfen grundsätzlich die völkerrechtliche Handlungsfähigkeit und damit auch die Vertragsfähigkeit an den Staatsbegriff an²⁶⁴, wobei dabei der Staatsbegriff in der allgemeinen Staatsrechtslehre neben dem Element des

²⁶¹ Vgl. auch zur Rechtsbeständigkeit Manfrini S. 235 ff.

²⁶² Vgl. VPB 1981, Nr. 1, S. 19 20; Hofstetter S. 24, 45 m. w. H.; Macheret, Immigration, S. 34 f.; Manfrini S. 242 ff.; Moser, Ausländer, S. 480 ff.; Pfanner S. 80 N 70; Stampfli S. 84 ff.; a. M. Müller, Rechtsetzung, S. 206; Ruth N 83. Es ist insbesondere auf die diesbezüglichen Bestrebungen des BFA hinzuweisen, das seit Beginn 1985 in einem jährlich nachgeführten "grünen Ordner" der Öffentlichkeit einen Teil der VVO m. A. zugänglich macht (=BFA-Weisungen). Auch das BIGA hat eine Sammlung seiner VVO m. A. herausgegeben (=BIGA, 1986).

²⁶³ Die VVO m. A. muss deshalb, sofern deren Inhalt nicht rechtssatzmässig festgesetzt wurde, als Darlegungsmittel einer geltenden Praxis zugelassen sein und im Hinblick auf den Grundsatz von Treu und Glauben bei Praxisänderungen berücksichtigt werden, vgl. BGE 99 Ib 382; Hofstetter S. 47; Imboden/Rhinow Nr. 9 B III; Knapp N 218 f.; Manfrini S. 232 ff.; Pfanner S. 77 N 57; Rupp 1975, 609.

²⁶⁴ Vgl. Art. 6 WVK; Stiftung 1979 S. 6.

Staatsgebietes und des Staatsvolkes durch dasjenige der Souveränität²⁶⁵ geprägt ist. Die Völkerrechtsfähigkeit des Bundes ist daher unbestritten.

Da die Kantone gegenüber dem Bund nicht als souverän bezeichnet werden können²⁶⁶, kommt ihnen keine Staatlichkeit und damit auch keine unmittelbare Völkerrechtssubjektivität zu²⁶⁷. Die Vertragsfähigkeit lässt sich jedoch, sofern diese vom zukünftigen Vertragspartner anerkannt wird, auch aus einer partiellen Völkerrechtssubjektivität ableiten²⁶⁸. Voraussetzung einer solchen ist jedoch ein Mindestmass an innerstaatlicher Handlungsfreiheit, für deren Beurteilung das Völkerrecht aber auf die innerstaatliche Ordnung verweist. Die Frage der Vertragsfähigkeit der Gliedstaaten eines Bundesstaates ist deshalb allein aufgrund des Landesrechtes zu bestimmen²⁶⁹.

2.4.1.1. Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen

Aus verschiedenen Bestimmungen der Bundesverfassung²⁷⁰ schliesst die h. L., dass der Bund für sich eine Kompetenz zum Abschluss von Staatsverträgen²⁷¹ beanspruchen kann. Da diese Ver-

²⁶⁵ Unter Souveränität ist dabei die Unabhängigkeit, d. h. das Fehlen der Unterstellung unter eine andere Macht oder Rechtsordnung zu verstehen, vgl. Strupp/Schlochauer, Bd. 3, S. 279 ff., 615; Verdross/Simma § 35. Zum Begriff der relativen Souveränität vgl. Verdross/Simma § 73.

²⁶⁶ So liegt die Kompetenzkompetenz beim Bund und geht Bundesrecht kantonalem Recht aufgrund von Uebergangsartikel 2 BV vor, vgl. Hangartner, Kompetenz, S. 44.

²⁶⁷ Vgl. Lejeune, Jura, S. 15.

²⁶⁸ Vgl. dazu Guggenheim, Völkerrecht, S. 276 m. w. H.; ders., Traité, S. 132; Menzel/Ipsen S. 105; Verdross/Simma § 395, § 678.

²⁶⁹ Sog. "Renvoi des Völkerrechtes auf das nationale Recht", vgl. Bindschedler S. 28 f.; Stiftung 1979 S. 6; Witmer S. 171 ff. m. w. H.; a. M. Niedermann S. 80; Verdross/Simma § 395.

²⁷⁰ Art. 8, 9 e contrario, 85 Ziff. 5, 102 Ziff. 8 BV.

²⁷¹ Unter einem Staatsvertrag sind die gegenseitigen übereinstimmenden Willenserklärungen zwischen zwei oder mehreren Staaten oder anderen Völkerrechtssubjekten zu verstehen, durch die für die beteiligten Parteien oder deren Gewaltunterworfenen Rechte und Pflichten begründet werden sollen und die

fassungsartikel als *lex specialis* Art. 3 BV vorgehen, gilt dies auch dort, wo nach dem innerstaatlichen Recht keine Bundeskompetenz gegeben ist²⁷². Den Kantonen verbleibt demgegenüber aufgrund von Art. 9 BV die Befugnis, "Verträge über Gegenstände der Staatswirtschaft, des nachbarlichen Verkehrs und der Polizei mit dem Auslande abzuschliessen", soweit diese nichts dem Bunde²⁷³ oder den Rechten anderer Kantone Zuwiderlaufendes enthalten. In der Doktrin wird jedoch mehrheitlich die Meinung vertreten, die Staatsvertragskompetenz der Kantone sei nicht auf die in Art. 9 BV aufgelisteten Bereiche beschränkt, sondern beziehe sich auf den ganzen gesetzgeberischen Zuständigkeitsbereich der Stände²⁷⁴. Im Bereich der Staatsvertragskompetenz handelt es sich demnach um eine nachträglich derogierende Kompetenz des Bundes²⁷⁵.

Während diese Auffassung bezüglich der externen Staatsvertragskompetenz als gefestigt betrachtet werden kann, ist im

den Regeln des Völkerrechtes unterstehen. Vgl. Häfelin/Haller N 324 und 1033; Marek, SJK 384, S. 2; Menzel/Ipsen S. 75; Trinkler S. 1, 43. Zur Terminologie von Staatsverträgen vgl. Menzel/Ipsen S. 75; Spinner S. 39 ff.

²⁷² Vgl. BGE 96 I 747/8; ZBl. 1983, 339; Bernhardt S. 55 ff.; Hangartner, Kompetenz, S. 106 ff.; Müller, Handbuch, S. 233; Stiftung, 1979, S. 15 ff., wo aber insbesondere auf die sich aus dem Grundsatz der Bundestreue ergebende Zurückhaltung des Bundes hingewiesen wird; Darstellung der älteren abweichenden Lehrmeinungen bei Härle S. 126/7; Wildhaber, Handbuch, S. 240 N 5; ders., Treaty, S. 310 ff.

²⁷³ Aus diesem Grunde ist den Kantonen eine Abschlusskompetenz dort verwehrt, wo der Bund bereits, sei es durch die innerstaatliche Rechtsetzung, sei es mit dem Mittel des Staatsvertrages, eine gesetzgeberische Regelung getroffen hat. Mit Abschluss eines Staatsvertrages des Bundes gelten die staatsvertraglichen Vereinbarungen der Kantone auf dem gleichen Gebiet als aufgehoben, vgl. Guggenheim, Völkerrecht, S. 280 m. w. H.; Marek, SJK 384, S. 6; vgl. zur allgemeinen ausenpolitischen Kompetenz der Kantone sowie der diesbezüglichen Praxis anderer Bundesstaaten Stiftung 1979 S. 6 ff.

²⁷⁴ Vgl. Aubert, *Traité I*, Nr. 676, 258; Burckhardt S. 93 f.; Fleiner/Giacometti S. 811, 814; Hangartner, Kompetenz, S. 106; Stiftung 1979 S. 7; kritisch hingegen Wildhaber, Handbuch, S. 248 und Treaty S. 318 f., der als alleiniges Abgrenzungskriterium die lokale Tragweite des Vertrages betrachtet; ausdrücklich gegen eine solche Einschränkung wendet sich Witmer S. 173.

²⁷⁵ Vgl. Bernhard S. 61; Fleiner/Giacometti S. 810/1; Guggenheim, Völkerrecht, S. 278; Häfelin/Haller N 331; Marek, SJK 384, S. 5; Niedermann S. 78 f.; Witmer S. 172.

innerstaatlichen Bereich umstritten, wem - soweit es sich um non-self-executing Verträge handelt - deren weitere Ausführung obliege, wenn das durch den Vertrag erfasste Gebiet nach der Bundesverfassung den Kantonen zugewiesen sei. Während ein Teil der Doktrin diese Kompetenz im Sinne der Beachtung der innerstaatlichen Kompetenzordnung den Kantonen belassen möchte, spricht sich ein anderer Teil der Lehre im Hinblick auf die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Schweiz zugunsten einer Bundeskompetenz aus²⁷⁶.

Die materiell relativ weitgehende Staatsvertragskompetenz der Kantone wird jedoch durch das vorgesehene Verfahren in ihrer Bedeutung stark eingeschränkt. Gemäss Art. 10 Abs. 1 BV ist es den Kantonen nicht gestattet, mit "auswärtigen Staatsregierungen sowie ihren Stellvertretern²⁷⁷ direkt zu verhandeln. Der amtliche Verkehr und damit auch der Vertragsabschluss mit diesen Personen findet durch den Bundesrat statt²⁷⁸. Dagegen ist ein unmittelbarer Verkehr mit den "untergeordneten Behörden und Beamten" gestattet, wobei in diesem Zusammenhang umstritten ist, ob darin auch eine

²⁷⁶ Vgl. dazu ZBI. 1983, 347; Burckhardt S. 89 ff.; Fleiner/Giacometti S. 813/4; Häfelin/Haller N 326; Hangartner, Bd. 1, S. 75; Marek, SJK 385, S. 17; dies., SJK 384, S. 6; Stiftung 1979 S. 18; Wildhaber, Treaty, S. 319 ff.; ders., Handbuch, S. 244 m. w. H. Zum heutigen Rechtszustand vgl. Wildhaber, Handbuch, S. 244; Menzel/Ipsen S. 105 zur "federal State clause" (vgl. z. B. Art. VI des "Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge" vom 31. Januar 1967, AS 1968, 1189).

²⁷⁷ Unter diesen Begriff fallen grundsätzlich diejenigen Mitglieder der Zentralregierung, denen eine umfassende politische Kompetenz zusteht, d. h. das Staatsoberhaupt, die Minister und Sekretäre, vgl. dazu Diez S. 320; Föderalismus-Hearings S. 974; Häfelin/Haller N 333; Wildhaber, Handbuch, S. 245; Witmer S. 176; eingeschränkter Burckhardt S. 96; eine Ausnahme gilt in der Praxis gegenüber dem Fürstentum Liechtenstein, wo der direkte Verkehr zwischen den Grenzkantonen St. Gallen und Graubünden mit der fürstlichen Regierung zugelassen wird, siehe Föderalismus-Hearings S. 968; Stiftung 1979 S. 13.

²⁷⁸ Dieser schliesst den Staatsvertrag aber als Verteter zumeist im Namen der beteiligten Kantone ab, wobei er jedoch nicht weisungsgebunden ist, vgl. Föderalismus-Hearings S. 918. Bei der ebenfalls notwendigen Zustimmung der Kantone müssen zudem die kantonale rechtlichen Verfahrensvorschriften eingehalten werden, vgl. dazu die Zusammenstellung bei Wildhaber, fédéralisme, S. 124 f.

selbständige Vertragsschlusskompetenz enthalten ist²⁷⁹. Soweit eine solche zugelassen wird, unterliegen die darauf abgestützten Verträge der Genehmigung des Bundesrates, allenfalls der Bundesversammlung²⁸⁰. Es ist in der h. L. umstritten, ob ein kantonaler Staatsvertrag, für den die erforderliche Genehmigung nicht eingeholt wurde, Gültigkeit erlangen kann²⁸¹. Für die völkerrechtliche Verbindlichkeit unmassgeblich ist es hingegen, wenn der Kanton unter Einhaltung der Formvorschriften²⁸² seinen innerstaatlichen Kompetenzbereich überschritten hat, da die Bundeszustimmung für den Vertragsstaat verbindlich ist. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass auch dort, wo die Kantone als Vertragspartner betrachtet werden²⁸³, der Bund sowohl berechtigt wie auch verpflichtet ist²⁸⁴.

Der Staatsvertragskompetenz der Kantone ist heute eher skeptisch gegenüber zu stehen. Einerseits fragt es sich, ob das für eine

²⁷⁹ Bejahend Diez S. 322, der aber auf die sachlichen und räumlichen Grenzen der Vereinbarungen hinweist; ebenso Witmer S. 176, der den Kantonen eine generelle Kompetenz zuweist; ablehnend Guggenheim, Völkerrecht, S. 279; vgl. dazu auch Burckhardt S. 96; Bernhardt S. 61; Paur S. 16 m. w. H; Stiftung 1979 S. 31. Dabei ist jedoch zu beachten, dass, leitet man aus dieser Norm eine Vertragsschlusskompetenz der Kantone ab, diese nicht zuletzt von der Kompetenzregelung im Nachbarstaat abhängt, vgl. diesbezüglich schon die heutigen Unterschiede zwischen den zentralistischen Staaten Frankreich und Italien gegenüber der Bundesrepublik Deutschland, Föderalismus-Hearings (Diez) S. 967.

²⁸⁰ Art. 102 Ziff. 7 i. V. m. Art. 85 Ziff. 5 BV; eine solche Vorlegung an die Bundesversammlung fand bisher jedoch noch nie statt, vgl. Föderalismus-Hearings (Diez) S. 971; Härle S. 126 N 48; Wildhaber, fédéralisme, S. 123.

²⁸¹ Vgl. dazu Wildhaber, Treaty, S. 316/7, sowie die Uebersicht bei Witmer S. 174, der selbst die Gültigkeit grundsätzlich bejaht. Es sollte jedoch dem ausländischen Vertragspartner nach Treu und Glauben zuzumuten sein, die Abschlusskompetenz der Gliedstaaten nachzuprüfen, zumal das Völkerrecht selbst auf die innerstaatliche Ordnung verweist und die Vertragskompetenz von Gliedstaaten eher als Ausnahme zu bezeichnen ist. Gegenüber einer direkten Anwendung von Art. 46 Abs. 1 VRK ist einzuwenden, dass der Bundesstaat gerade "seine Zustimmung" nicht erteilt hat.

²⁸² Zum gegenteiligen Fall vgl. Witmer S. 174/5.

²⁸³ Eine nach Kantonen geordnete Zusammenstellung aller geltenden kantonalen Staatsverträge mit dem Ausland bis 1980 findet man bei Lejeune S. 1 ff.

²⁸⁴ Vgl. Burckhardt S. 93 ff.; Guggenheim, Völkerrecht, S. 277; Menzel/Ipsen S. 105; Lejeune, Jura, S. 21; Marek, SJK 384, S. 7; Witmer S. 177 ff. mit ausführlicher Begründung.

partielle Völkerrechtssubjektivität notwendige Mindestmass an innerstaatlicher Handlungsfreiheit vorliegt. Gerade bei der Abgabe von Willenserklärungen an andere Völkerrechtssubjekte, dem Kernpunkt des Vertragsschlusses, ist die Möglichkeit der Kantone zu einem eigenständigen, vom Bund unabhängigen Handeln sehr stark eingeschränkt, wenn nicht gar praktisch ausgeschlossen²⁸⁵. Ausserdem dürfte, da die Verhandlungen unter der Führung des Bundes stattfinden, auch beim ausländischen Vertragspartner oft der Eindruck entstehen, dass dieser selbst Parteistellung innehat²⁸⁶. Andererseits werden oftmals auch bei kantonalen Staatsverträgen die Interessen des Bundes, wenn nicht in direkter, so zumindest in indirekter Weise betroffen²⁸⁷, so dass damit im Prinzip das Genehmigungsrecht der Bundesversammlung umgangen wird²⁸⁸. So kann denn mit Burckhardt²⁸⁹ davon ausgegangen werden, dass das Handeln der Kantone vielmehr als eine Form der Vertretung betrachtet werden muss, die dahingehend verfassungsrechtlich verankert ist, dass ihnen als Organ des Bundes besondere Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte zustehen²⁹⁰. Es scheint deshalb angebrachter, die Stellung der Kantone bezüglich der Mitwirkung bei der Fassung von Staatsverträgen auch rechtlich zu festigen, dagegen den Vertragsschluss allein dem Bund - als dessen Organe auch Kantone

²⁸⁵ So ist die kantonale Willenserklärung immer derjenigen des Bundes gleichzusetzen, kann dieser doch jederzeit einen entsprechenden Vertrag in eigener Kompetenz schliessen oder seine Zustimmung (zur Mitwirkung) verweigern. Das Vertragsrecht der Kantone ist formal zwar in der Bundesverfassung festgelegt, doch hängt es faktisch allein vom Verhalten des Bundes, d. h. dessen bisherigen Tätigkeit und dessen Einstellung zu dem von den Kantonen angestrebten Vertrag ab, vgl. *Föderalismus-Hearings* (Wildhaber) S. 918; Lejeune, Jura, S. 16 N 53; Niedermann S. 79; Paur S. 16 ff.; Wildhaber, *Treaty*, S. 318/9.

²⁸⁶ Gl. M. Lejeune, Jura, S. 19.

²⁸⁷ Vgl. *Föderalismus-Hearings* (Frenkel) S. 979.

²⁸⁸ Gl. M. Burckhardt S. 95; Guggenheim, *Völkerrecht*, S. 279 N 333.

²⁸⁹ Burckhardt S. 94/5; vgl. auch Lejeune, Jura, S. 16; Verdross/Simma § 395; dies ausdrücklich ablehnend Witmer S. 172.

²⁹⁰ Im Vordergrund steht dabei das Antragsrecht und ein ausgeweitetes Vertretungsrecht bezüglich untergeordneter Angelegenheiten.

fungieren können - zu übertragen²⁹¹.

2.4.1.2. Kompetenzabgrenzung zwischen Bundesversammlung und Bundesrat

Während durch Art. 85 Ziff. 5 BV "Bündnisse und Verträge mit dem Ausland" der Bundesversammlung zugewiesen werden, hat der Bundesrat nach Art. 102 Ziff. 8 BV die Interessen der Eidgenossenschaft nach aussen zu wahren und die auswärtigen Angelegenheiten zu besorgen. Gestützt auf diese Bestimmungen wird in der h. L. die Staatsvertragskompetenz als so verteilt betrachtet, dass es dem Bundesrat obliege, Vertragsverhandlungen einzuleiten, zu verhandeln²⁹² und die Verträge zu ratifizieren²⁹³, während der Bundesversammlung ein Genehmigungsrecht zugesprochen wird²⁹⁴. Dieses führt jedoch nicht zu einer Verpflichtung des Bundesrates, sondern bedeutet lediglich eine Ermächtigung zur Ratifikation²⁹⁵.

²⁹¹ Die heutigen verfassungsrechtlichen Bestrebungen gehen aber eher dahin, den Kantonen weiterhin eine Staatsvertragskompetenz zu belassen, vgl. BBl. 1985 II 55, oder diese gar auszuweiten, vgl. Föderalismus-Hearings (Martin) S. 977; Art. 49 VE.

²⁹² Der Bundesrat führt die Verhandlungen dabei grundsätzlich nicht selbst, sondern überträgt diese Aufgabe in der Regel besonderen Verhandlungsdelegationen, Häfelin/Haller N 1039; vgl. allgemein zur Mitwirkung und Einflussnahme der Kantone, Verbände und Interessensgruppen BBl. 1969 II 1478, 1975 II 349 und 1983 II 510; Föderalismus-Hearings S. 966; Härle 130 ff.; Stiftung 1979 S. 21 und 29, wo für Verhandlungen von einiger Bedeutung auf Gebieten im kantonalen Kompetenzbereich die Berücksichtigung kantonalen Delegationsvertreter gefordert wird; Wildhaber, Handbuch, S. 260; ders., Treaty, S. 551.

²⁹³ Dabei ist unter Ratifikation der formelle Akt der völkerrechtlichen Verbindlicherklärung zu verstehen, VPB 1953, Nr. 32, S. 61; Burckhardt S. 673 N 2; Marek, SJK 384, S. 18; Menzel/Ipsen S. 304; Verdross/Simma § 707.

²⁹⁴ Vgl. Eichenberger, Oberste Gewalt, S. 124; Spinner S. 128 m. w. H.; zu den anderen Lehrmeinungen Wildhaber, Treaty, S. 53 f.

²⁹⁵ Vgl. Hangartner, Bd. 1, S. 189; VPB 1953, Nr. 32, S. 62; Wildhaber, Treaty, S. 58. Formell erfolgt diese Genehmigung durch einen einfachen Bundesbeschluss, dessen Text auf Vorschlag eines Rundschreibens des EJPD vom 8. Februar 1950 folgendermassen festgesetzt wurde: "Der Staatsvertrag ist genehmigt. Der Bundesrat ist zu dessen Ratifizierung er-

In den vergangenen Jahren wurde jedoch unter dem Druck der Praxis das Genehmigungserfordernis relativiert. Deuten die Bestimmungen der Bundesverfassung grundsätzlich darauf, dass jeder Staatsvertrag des Bundes der Genehmigung der Volksvertreter oder gar des Volkes unterliegt²⁹⁶, so geht heute die Tendenz dahin, von dieser Zustimmung in immer grösserem Masse abzusehen²⁹⁷. In Lehre und Praxis wird die Ansicht vertreten, dass bei folgenden Verträgen von einer Genehmigung Abstand genommen werden könne²⁹⁸:

- a) Verträge, die der Schweiz nur Rechte einbringen, ihr aber keine neuen Verpflichtungen auferlegen²⁹⁹. Daraus ergibt sich, dass hier praktisch nur einseitige Verträge in Frage kommen³⁰⁰. Aber auch bei solchen Verträgen ist der Fall vorzubehalten, in dem aus der Zuwendung eine einem zweiseitigen Vertrag näherstehende moralische Verpflichtung erwächst³⁰¹.
- b) Verträge, in denen ein abgeschlossener Staatsvertrag näher ausgeführt werden soll (sog. Vollziehungsabkommen)³⁰². Eine Ge-

mächtigt.". Vgl. Burckhardt S. 673; Marek, SJK 384, S. 9; Wildhaber, Handbuch, S. 261, wo auch auf die Möglichkeiten und den Spielraum der Bundesversammlung eingegangen wird; kritisch zur eingeschränkten Mitwirkungsmöglichkeit der Bundesversammlung Spinner S. 132 ff., 181; Wildhaber, Treaty, S. 55 in bezug auf die Beeinflussungsmöglichkeit durch Interessensgruppen.

²⁹⁶ Vgl. Art. 85 Ziff. 5; Art. 89 Abs. 3 - 5 BV.

²⁹⁷ Rund 2/3 aller abgeschlossenen Staatsverträge wurden nicht genehmigt, Häfelin/Haller N 1042; Wildhaber, Handbuch, S. 272. Zur Praxis der "Verwaltungsvereinbarungen" unterer Verwaltungseinheiten vgl. Spinner S. 105 ff., 149 ff.

²⁹⁸ Vgl. dazu allgemein Eichenberger, Oberste Gewalt, S. 125; Fleiner/Giacometti S. 825 ff.; Häfelin/Haller N 1042; Hangartner, Bd. 1, 190 ff.; Wildhaber, Handbuch, S. 269 ff., insbesondere der Verweis auf Gewohnheitsrecht (S. 272); kritisch dazu Spinner S. 133, 136; Trinkler S. 17/8.

²⁹⁹ Zum Begriff Rechte und neue Verpflichtungen vgl. Marek, SJK 384, S. 11 ad. 3; VPB 25, 1955, Nr. 18, S. 49/50; Piccard S. 147 ff; Trinkler S. 45; kritisch Wildhaber Handbuch, S. 269/70.

³⁰⁰ So auch Piccard S. 147; a. M. Spinner S. 138, der die Schenkung nicht als Vertragsabschluss betrachtet.

³⁰¹ Vgl. dazu auch die angestellten Überlegungen in VPB 1955, Nr. 19, S. 51. Dieser Gedanke liegt auch der Schenkungsvorschrift in Art. 241 Abs. 2 OR zu Grunde.

³⁰² Vgl. zum Begriff der ausführenden Uebereinkünfte Burckhardt

nehmung erübrigt sich, weil sich die Bundesversammlung über die mit dem Staatsvertrag verbundenen Konsequenzen für die Schweiz schon einmal auseinandergesetzt hat. Dies setzt aber grundsätzlich voraus, dass sich der Bundesrat strikt an den Hauptvertrag hält und dieser die Verpflichtungen der Schweiz, über die der Bundesrat nicht hinausgehen darf, genau festlegt³⁰³.

c) Verträge, zu deren Abschluss die Bundesversammlung³⁰⁴ den Bundesrat zum voraus ermächtigt hat³⁰⁵. Hierbei handelt es sich um eine Kompetenzdelegation, für die grundsätzlich die dafür von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen einzuhalten sind³⁰⁶.

d) Verträge über Sachbereiche, für die dem Bundesrat nach dem innerstaatlichen Recht die alleinige Regelungsbefugnis zusteht³⁰⁷. In diesem Fall ist sich die Lehre jedoch nicht einig³⁰⁸.

S. 714; Pfanner S. 40.

³⁰³ Andererseits kann sich auch aus dem Hauptvertrag eine spezielle weitergehende Ermächtigung zu Gunsten des Bundesrates ergeben, vgl. Piccard S. 169 f.; dazu nachfolgend lit. c.

³⁰⁴ Möglich wäre auch eine verfassungsrechtlich verankerte Ermächtigung zum selbständigen Handeln in gewissen Sachbereichen.

³⁰⁵ Dies wird deshalb als zulässig erachtet, weil die Bundesverfassung den Zeitpunkt der Genehmigung nicht bestimme, vgl. Spinner S. 135, 183 f.; Wildhaber, Handbuch, S. 260 f.; ders., Treaty, S. 55. Es widerspricht aber zumindest dem Sinn der Norm, wenn die Ermächtigung in einem Zeitpunkt erfolgt, in dem die Bundesversammlung die Tragweite nicht abzuschätzen vermag, in diesem Sinn Fleiner/Giacometti S. 825/6. Formal kann zwischen einer generellen und einer konkreten Ermächtigung unterschieden werden. Während erstere dem Abschluss einer gewissen Kategorie von Staatsverträgen zustimmt, spricht sich die Bundesversammlung bei zweiten nur zu einem bestimmten Vertrag aus, vgl. Fleiner/Giacometti S. 826; Spinner S. 178; Trinkler S. 36 f.

³⁰⁶ Vgl. Eichenberger, Oberste Gewalt, S. 127; Häfelin/Haller N 1042, die für rechtsetzende Staatsverträge auf die Voraussetzungen zur Gesetzesdelegation verweisen; vgl. dazu wie allgemein zur Delegationsproblematik Spinner S. 183 ff. und Wildhaber, Handbuch, S. 272; insbesondere zur Referendumsfrage Hangartner, Bd. 1, S. 189 f., der auch bei den anderen Gründen eine, wenn auch formell ungenügende, nachträgliche Ermächtigung durch Akzeptanz der bundesrätlichen Praxis sieht.

³⁰⁷ Diese kann sich direkt aus der Verfassung (=selbständige) oder durch Uebertragung der Bundesversammlung (=unselbständige Verordnungskompetenz) ergeben.

³⁰⁸ Vgl. dazu die Literaturangaben bei Wildhaber, Handbuch,

Tatsächlich kann allein aus der innerstaatlichen Kompetenz nicht auf eine Staatsvertragskompetenz geschlossen werden, zumal diese in der Bundesverfassung eine ausdrückliche Regelung fand, die als *lex specialis* in bezug auf das Aussenverhältnis der Schweiz Vorrang hat³⁰⁹. Ausserdem ist die Bedeutung einer zwischenstaatlichen Vereinbarung mit verpflichtendem Inhalt aufgrund ihrer externen Verbindlichkeit erheblich gewichtiger einzustufen als eine bloss innerstaatliche Regelung, so dass dafür auch eine besondere Ermächtigung notwendig erscheint³¹⁰. Daher ist die Kompetenz des Bundesrates in diesem Punkte abzulehnen. Es ist jedoch möglich, dass eine innerstaatliche Kompetenzzuweisung eine staatsvertragliche Regelung miteinbezogen hat³¹¹. In diesem Falle ist das Recht zum Abschluss von Staatsverträgen aber nicht aus der innerstaatlichen Kompetenzregelung abzuleiten, sondern vielmehr aus der oben in lit. c dargestellten Ermächtigung zum aussenpolitischen Handeln.

- e) Verträge, die einen provisorischen und zeitlich dringenden Regelungsgegenstand enthalten. Im Sinne einer Notstandsmassnahme ist von dieser Kompetenz in sehr zurückhaltender Weise Gebrauch zu machen, d. h. nur dann, wenn der Schweiz durch die Zeitversäumnis bedeutende Nachteile erwachsen würden³¹² und die Bundesversammlung diese weder zu verhindern vermag noch sich der vorgesehenen Regelung widersetzt. In diesem Falle kann sich der Bundesrat direkt auf Art. 102 Ziff. 8 und 9 BV stützen, dem wiederum als *lex specialis* gegenüber der allgemeinen Norm von 85

S. 271 N 45 und Spinner S. 144 N 102.

³⁰⁹ Stünde auch die Auslandsbeziehung dem im Inland mit der Aufgabe betrauten Organ zu, wäre eine besondere Kompetenzzuweisung, wie sie in Art. 85 Ziff. 5 BV vorgenommen wurde, überflüssig.

³¹⁰ Gl. M. Pfanner S. 22.

³¹¹ Dazu Hangartner, Bd. 1, S. 190; Pfanner S. 21; VPB 1955, Nr. 18 S. 49 f., wo aber darauf hingewiesen wird, dass im Zweifelsfalle von der Vorlegung an die Bundesversammlung auszugehen sei.

³¹² Vgl. Trinkler S. 52 ff.; Spinner S. 142, 182.

Ziff. 5 BV Vorrang zukommt³¹³.

Unter diesen Gesichtspunkten ist jeweils von Fall zu Fall abzuklären, ob bei Abschluss eines Staatsvertrages dem innerstaatlichen Verfahren Genüge getan wurde³¹⁴. Im Hinblick auf die heute gehandhabte Praxis kann aber – ausser in aussergewöhnlichen Fällen – selbst eine Verletzung der Genehmigungspflicht kaum mehr als offenkundig bezeichnet werden, so dass die völkerrechtliche Verbindlichkeit der zwischenstaatlichen Uebereinkunft davon nicht betroffen würde, d. h. der Staatsvertrag trotzdem gültig wäre³¹⁵. Der Bundesrat könnte allenfalls dazu angehalten werden, die eingegangene Vereinbarung wieder aufzukündigen³¹⁶.

2.4.2. Die Bedeutung der Staatsverträge im Grenzgängerrecht

Im allgemeinen Ausländerrecht stellen Staatsverträge eine bedeutsame Rechtsquelle dar. Hervorzuheben sind dabei die v.a. bis zur Zeit vor dem Ersten Weltkrieg erhebliche Bedeutung zukommenden Niederlassungsverträge, die, soweit sie den Ausländern freien Zugang und freie Berufstätigkeit zusicherten, auch für den Grenzgänger von Bedeutung waren³¹⁷. Mit der seither gebräuchlichen zu-

³¹³ A. A. Fleiner/Giacometti S. 827 f.; Marek, SJK 384, S. 11 ad. 3.

³¹⁴ Kritisch in bezug auf die Niederlassungsvereinbarungen Kottusch, Niederlassungsbewilligung, S. 523 f.

³¹⁵ Vgl. Art. 46 VRK; Burckhardt S. 673; Pfanner S. 41 f. m. w. H.; Wildhaber, Handbuch, S. 272; a. M. Bericht SK S. 73 N 1; zu den verschiedenen Theorien Menzel/Ipsen S. 302, 326; Verdross/Simma § 690. Vorbehalten bleibt allenfalls der (völkerrechtliche) Grundsatz von Treu und Glauben, wenn dem Vertragspartner die Mangelhaftigkeit bewusst war oder sie ihm offensichtlich bekannt sein musste.

³¹⁶ Kritisch zur Frage der innerstaatlichen Anwendbarkeit kompetenzwidrig erlassener Staatsverträge Kottusch, Niederlassungsbewilligung, S. 524 f. m. w. H.

³¹⁷ Vgl. die Fassung derartiger Verträge bei Macheret, Immigration, S. 107 ff.; Stoffel S. 68 ff. Die Schweiz hat mit allen Nachbarstaaten Niederlassungsverträge in dieser Art abgeschlossen, vgl. Stoffel S. 99 f. Zum weitgefassten Begriff

rückhaltenderen Formulierung, die sich speziell im Bereich der für den Grenzgänger wichtigen freien Einreise und der Erwerbstätigkeit auswirkte³¹⁸, bzw. des generellen Landesrechtsvorbehaltes wurde der Anwendungsbereich dieser Verträge jedoch erheblich eingeschränkt³¹⁹. Für den Grenzgänger bleiben jedoch bilaterale Staatsverträge weiterhin von Bedeutung, handle es sich um die allgemein für erwerbstätige Ausländer geltenden Rekrutierungsabkommen³²⁰, um die speziell ihn betreffenden Vereinbarungen zwischen der Schweiz und ihren Nachbarstaaten oder, soweit solche nicht getroffen wurden, um die mit allen Anliegerstaaten abgeschlossenen Abkommen über den kleinen Grenzverkehr³²¹. Daneben führt die dem Grenzgänger eigene Doppelbelastung der Infrastrukturen³²² zweier Länder, nämlich des Wohn- und Arbeitsortes, dazu, dass auch über die steuerliche Erfassung eine Regelung angestrebt wird. Schliesslich erfordert auch die soziale Sicherheit des Grenzgängers eine besondere zwischenstaatliche Regelung, in der sich seine spezielle Situation berücksichtigt findet.

Gerade die heute fehlende und in naher Zukunft nicht erkennbare genügende Verankerung des Grenzgängerstatus im Landes-

der "Niederlassung" im Völkerrecht vgl. VPB 1977 Nr. 56; Macheret, Immigration, S. 70.

³¹⁸ Vgl. Stoffel S. 74, 110.

³¹⁹ Zu deren heutigen Verbindlichkeit vgl. BGE 111 Ib 171 f. (=Pra. 1986, Nr. 87); 110 Ib 66 Erw. 2a (=Pra. 1984, Nr. 184); 106 Ib 127/8; VPB 1977, Nr. 56; Aubert, Etrangers, S. 236 f.; Caytas S. 14 ff.; Hailbronner N 350; Hoffmann-Nowotny/Killias S. 174; Moser, Ausländer, S. 338; Pfanner S. 35 ff.; Ronzani S. 841; Ruth N 23, 78; Stoffel S. 114 ff., 209; Wüthrich N 11; Ziegler S. 105; zum persönlichen Geltungsbereich Pfanner S. 37 f. m. w. H.; Wertschlag S. 422 ff.

³²⁰ So z. B. mit Frankreich (SR 0.142.113.494 = BS 11, 633), mit Italien (SR 0.142.114.548 = AS 1965, 399) und mit Spanien (SR 0.142.113.328 = AS 1961, 982), vgl. dazu Bernsdorff S. 156; Hofstetter S. 50; Wüthrich N 13. Bezweckt wird damit die Kontrolle und Steuerung der Anwerbung von Arbeitskräften.

³²¹ Allgemein zu den Abkommen über den kleinen Grenzverkehr Wüthrich N 15.

³²² Dazu gehört z. B. der Bau von Wohnungen, Spitäler, Schulen, Wasser- und Elektrizitätswerken, Strassen und Verkehrsmittel, vgl. dazu Ricq S. 265, 396; Schöttli S. 83; Weber S. 71.

recht³²³ gewichten zwischenstaatliche Regelungen stark und lassen sie als wünschenswert erscheinen. Im Vordergrund stehen dabei Verträge des Bundes, da dieser von seiner Rechtsetzungskompetenz im Fremdenrecht Gebrauch gemacht hat, womit den Kantonen grundsätzlich die Abschlussmöglichkeit entzogen bleibt³²⁴.

In neuerer Zeit gewinnt das Staatsvertragsrecht für den Grenzgänger aber auch deshalb an Bedeutung, weil im Zuge der zunehmenden Tätigkeit der grenznachbarlichen Zusammenarbeit³²⁵ auch die Grenzgängerproblematik miteinbezogen ist³²⁶. Die neueste Entwicklung geht dabei dahin, zwischenstaatliche Institutionen zu schaffen, in denen die betroffenen Grenzregionen vertreten sind und die gemeinsam die regionalen Probleme im Grenzgebiet angehen. Neben solchen privatrechtlichen³²⁷ Einrichtungen bestehen heute bereits staatliche Organisationsformen³²⁸, welche neben anderen Aufgaben auch die Begutachtung der Grenzgängerprobleme zum Gegenstand haben. Da diese staatliche Zusammenarbeit vielfach nur aufgrund der Initiative untergeordneter Instanzen oder unter Ausserachtlassung der eigentlich dafür vorgesehenen Verfahrensvorschriften erfolgte, ist deren Rechtsgrundlage nicht über alle Zweifel erhaben³²⁹.

³²³ Vgl. hinten Abschnitt 2.2.1., S. 23.

³²⁴ So wäre z. B. eine kantonale staatsvertragliche Regelung über die Zulassung von Grenzgängern im Sinne einer Zulassungsgarantie oder einer Kontingentierung nicht zulässig.

³²⁵ Vgl. dazu Stiftung 1979 S. 24 ff.; Witmer S. 92 ff. m. w. H.

³²⁶ Ein internationales Grenzgängerabkommen, dem auch die Schweiz beitreten könnte, kam bisher nicht zustande, vgl. die dahingehenden Bemühungen dargestellt bei Ricq S. 58 ff. In der von der ständigen Kommission im Namen der parlamentarischen Versammlung des Europarates angenommenen Empfehlung Nr. 1013 vom 4. Juli 1985 wird dem Ministerkomitee in Ziff. 10 lit. ii jedoch empfohlen, "d'inscrire au Programme de travail du Conseil de l'Europe une activité au bénéfice des travailleurs frontaliers définissant leurs droits et obligations".

³²⁷ Für den Grenzgänger von grossem Nutzen ist z. B. die Arbeit der 1963 als privater Verein gegründeten "Regio Basiliensis" (heute "Regio" genannt), vgl. dazu Diez S. 324 f.

³²⁸ Vgl. zu den grenzregionalen Konsultativkommissionen mit Frankreich und Deutschland Diez S. 325 f.; Föderalismus-Hearings S. 971 (Diez); Härle 106/7; Stiftung 1979 S. 24 f.; Witmer S. 147 ff.

³²⁹ Kritisch Fastenrath, S. 261; Witmer S. 180 ff. Vgl. zu den bisherigen internationalen Bemühungen Rapport transfrontalier

2.4.3. Ueberblick über die staatsvertraglichen Regelungen zum allgemeinen Status der Grenzgänger

2.4.3.1. Allgemeine Bemerkungen

Nachbarstaaten der Schweiz sind die Bundesrepublik Deutschland (=D), Frankreich (=F), das Fürstentum Liechtenstein (=FL), Italien (=I) und Oesterreich (=A). Die Schweiz hat mit allen diesen Staaten staatsvertragliche Vereinbarungen über den grenznachbarlichen Verkehr abgeschlossen. Darin finden sich auch für den Grenzgänger wesentliche Vorschriften, v. a. in bezug auf die massgebende Grenzzone. Eine gegenüber den anderen Staaten bevorzugte Stellung nehmen liechtensteinische Grenzgänger ein, da die Schweiz mit diesem Staat besonders enge Beziehungen unterhält³³⁰. Ein spezielles, nur die Stellung der Grenzgänger betreffendes Abkommen wurde dagegen nur mit Frankreich abgeschlossen.

2.4.3.2. Die Beziehung Schweiz - Bundesrepublik Deutschland

Die einzige hier relevante staatsvertragliche Rechtsquelle ist das "Abkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Bundesrepublik Deutschland über den Grenzübertritt von Personen im kleinen Grenzverkehr" vom 21. Mai 1970³³¹. Dieser

S. 1 ff., insbesondere zu der auch von der Schweiz ratifizierten "Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales" vom 21. Mai 1980 (SR 0.131.1 = AS 1982, 1076) S. 3 f.; zu den rechtlich abgestützten Konsultativgremien Witmer S. 150 ff. Eine Schwierigkeit besteht auch darin, dass den lokalen Behörden die Regelung spezieller Grenzgängerprobleme verwehrt ist, da in diesen Bereichen zumeist bereits eine innerstaatliche Regelung der Zentralbehörde getroffen wurde.

³³⁰ Diese enge Verbindung zeigt sich auch darin, dass in einigen Abkommen zwischen der Schweiz und dem Ausland das Gebiet des Fürstentums Liechtenstein auch miteinbezogen wurde, so z. B. mit Oesterreich (SR 0.631.256.916.33 = AS 1974, 693) und mit Deutschland (SR 0.631.256.913.63 = AS 1970, 1020).

³³¹ SR 0.631.256.913.63 = AS 1970, 1020. Dieses Abkommen wurde

Staatsvertrag verweist in Art. 2 Abs. 3 ausdrücklich auf die schweizerischen Rechtsvorschriften, insbesondere auf das Erfordernis einer Grenzgängerbewilligung. Von Bedeutung für den Grenzgängerstatus ist daher nur die in Art. 1 Abs. 2 vorgenommene Darlegung der Grenzzonen.

2.4.3.3. Die Beziehung Schweiz - Frankreich

Frankreich ist bis anhin das einzige Nachbarland der Schweiz, mit dem eine spezielle, den allgemeinen Status des Grenzgängers festlegende Vereinbarung geschlossen wurde. Es handelt sich dabei um die "Vereinbarung zwischen der Schweiz³³² und Frankreich über die Arbeitskräfte im kleinen Grenzverkehr" vom 15. April 1958³³³. In diesem Abkommen findet sich auch ein Verweis auf das den Grenzverkehr betreffende Abkommen der Schweiz und Frankreich vom 1. August 1946³³⁴, welches damit die Stellung der Grenzgänger ebenfalls beeinflusst³³⁵. Daneben wurde bereits am 1. August 1946 zur Regelung der Anwerbung von Arbeitskräften aus dem anderen

zwar von der Bundesversammlung nicht genehmigt, doch kann es, da es sich unbestrittenermassen mit dem kleinen Grenzverkehr befasst, auf Art. 25 Abs. 1 lit. a ANAG abgestützt werden; vgl. Härle S. 136 f.

³³² In Art. 3 lit. b wurde auch den Kantonen eine auf Verfahrensregelungen beschränkte Abschlusskompetenz eingeräumt; vgl. dazu die "Vereinbarung zwischen Frankreich und dem Kanton Solothurn über die Arbeitskräfte im kleinen Grenzverkehr" vom 9. Dezember 1959 (=GS 823.27), die aber in § 3 ff. auch nicht zulässige materielle Bestimmungen enthält.

³³³ SR 0.142.113.498. Obwohl schon 1958 abgeschlossen, wurde dieser Staatsvertrag erst in AS 1986, 446 veröffentlicht. Zu Recht kritisch zu den Mängeln der Veröffentlichung, der Genehmigung durch die Bundesversammlung bzw. der Ratifikation durch den Bundesrat Reymond, S. 378.

³³⁴ SR 0.631.256.934.91 = BS 12, 704. Dieses Abkommen stützt sich gemäss dem Ingress auf die Grundsätze der Uebereinkunft betreffend die grenznachbarlichen Verhältnisse und die Beaufsichtigung der Grenzwaldungen vom 31. Januar 1938, SR 0.631.256.913.99 = BS 12, 679.

³³⁵ Vgl. Art. 1 und 2 des Vertrages von 1958. Mit der Festlegung der Grenzzone in diesem Abkommen auf 10 km ist der Grenzgängerbegriff aber sehr eng gefasst; dazu vorne Abschnitt 3.2.1.4.2., S. 97.

Vertragsstaat sowie zur Gewährleistung deren Gleichbehandlung mit den Inländern in bezug auf die arbeitsrechtliche Stellung der "Vertrag zwischen der Schweiz und Frankreich betreffend Fragen des Arbeitsmarktes" abgeschlossen³³⁶.

2.4.3.4. Die Beziehung Schweiz - Fürstentum Liechtenstein

Mit dem "Vertrag zwischen der Schweiz und Liechtenstein über den Anschluss des Fürstentums Liechtenstein an das schweizerische Zollgebiet" vom 19. März 1923³³⁷ wurde zwischen diesen beiden Staaten eine besonders enge Beziehung hergestellt, die neben einer umfassenden Regelung auf dem Gebiete der Wirtschaft, der Daseinsvorsorge und der Polizei durch Art. 39 f. auch im Fremdenrecht ihren Niederschlag gefunden hat³³⁸. In der "Vereinbarung zwischen der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein über die fremdenpolizeiliche Rechtsstellung der beiden Staatsangehörigen im andern Vertragsstaat" vom 6. November 1963³³⁹ sowie im "Notenaustausch vom 19. Oktober 1981"³⁴⁰ wird die allgemeine Stellung der Ausländer und damit auch der Grenzgänger in den beiden Vertragsstaaten näher ausgeführt. Die gegenüber den anderen Staaten eingeräumte Vorzugsstellung zu Gunsten des Fürstentums Liechtenstein machte darüber hinaus eine Regelung notwendig für Ausländer, die weder die schweizerische noch die liechtensteinische Nationalität besaßen (Drittausländer). Deren Stellung wird in einer speziellen "Vereinbarung zwischen der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein über

³³⁶ SR 0.142.113.494 = BS 11, 633.

³³⁷ SR 0.631.112.514 = BS 11, 160.

³³⁸ Allgemein zum fremdenrechtlichen Verhältnis mit Liechtenstein Moser, Ausländer, S. 459 ff.; Niedermann S. 124 ff. Fremdenrechtliche Regelungen findet man aber schon im "Niederlassungsvertrag zwischen der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein" vom 6. Juli 1874 (SR 0.142.115.141 = BS 11, 173).

³³⁹ SR 0.142.115.142 = AS 1964, 1.

³⁴⁰ SR 0.142.115.142.1 = AS 1981, 1750.

die Handhabung der Fremdenpolizei für Drittausländer im Fürstentum Liechtenstein und über die fremdenpolizeiliche Zusammenarbeit" vom 6. November 1963³⁴¹ geregelt. Ist dieses zwischenstaatliche Zusammenwirken sehr zu begrüßen, ist es doch sehr bedauerlich, dass ausser dem Niederlassungsvertrag von 1874 die fremdenrechtlichen Abkommen von der Bundesversammlung nicht genehmigt wurden³⁴². Diese völkerrechtlichen Bestimmungen sind zum Teil auch in das inländische Recht integriert worden³⁴³.

2.4.3.5. Die Beziehung Schweiz - Italien

Eine ausführliche Regelung der Rechtsstellung italienischer Arbeitskräfte in der Schweiz findet sich im "Abkommen zwischen der Schweiz und Italien über die Auswanderung italienischer Arbeitskräfte nach der Schweiz" vom 10. August 1964³⁴⁴. Da dieser Vertrag³⁴⁵ die Rechtsstellung von italienischen Staatsangehörigen, die in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachgehen, wesentlich beeinflusst und darin sogar Rechtsansprüche enthalten sind, ist die

³⁴¹ SR 0.142.115.143 = AS 1964, 5. Vgl. Moser, Ausländer, S. 460 N 343 zu den Sondervorschriften gegenüber eingebürgerten Liechtensteinern.

³⁴² Zur völkerrechtlichen Verbindlichkeit hinten Abschnitt 2.4.1.2., S. 66.

³⁴³ Vgl. die Sonderbestimmungen in Art. 2 lit. a und Art. 13 lit. e BVO.

³⁴⁴ SR 0.142.114.548 = AS 1965, 399; vgl. zu dessen Entstehung Niederberger S. 65 ff.

³⁴⁵ Gemäss einem Kreisschreiben des EJPD an die Kantone vom 30. März 1967 soll dieser Vertrag auf die Angehörigen der übrigen westeuropäischen Staaten ausgedehnt werden. Damit hat das Departement seine Richtlinienggebung schon deshalb überschritten, weil die innerstaatliche Gesetzgebung eine solche Anspruchseinräumung, die einer Aufzwingung von Ausländern gleichkommt, nicht vorsieht und dem Departement ausserpolitisch keine Vertragskompetenz zusteht (vgl. zur allgemeinen Aufstellung von VVO m. A. und deren Wirkungen hinten Abschnitt 2.3.2, S. 48). Das Bundesgericht hat einen direkten Anspruch des Ausländers aus diesem Kreisschreiben bisher stets abgelehnt, vgl. SJIR 1977, 171 = ZR 1977 Nr. 87; Macheret, Immigration, S. 48; Pfanner S. 187; in diesem Sinne auch der Bundesrat in VPB 1970/1 Nr. 4.

Frage der Anwendbarkeit³⁴⁶ desselben auf die Gruppe der Grenzgänger von eminenter Bedeutung.

Bei der Auslegung von Staatsverträgen ist von Art. 31 ff. VRK auszugehen, wo die allgemeinen Grundsätze des Völkergewohnheitsrechtes kodifiziert wurden³⁴⁷. Danach ist ein Vertrag zunächst "nach Treu und Glauben auszulegen, entsprechend der üblichen Bedeutung, die den Begriffen des Vertrages in ihrem Zusammenhang und unter Berücksichtigung seines Zieles und Zwecks beizulegen ist"³⁴⁸. Neben den zusätzlichen, sich auf den auszulegenden Vertrag beziehenden Vereinbarungen und der gehandhabten Praxis der Vertragsparteien kann, soweit die vorgängigen Auslegungsmittel zu keinem befriedigenden Resultat führen, auf "zusätzliche Auslegungsmittel einschliesslich der Materialien des Vertrages und der Umstände seines Abschlusses" zurückgegriffen werden³⁴⁹.

Art. 1 des Vertrages bestimmt, dass das Abkommen unter Vorbehalt der "besonderen Bestimmungen über die Grenzgänger" auf die italienischen Arbeitskräfte in der Schweiz Anwendung findet. Dazu wird in der Botschaft ausgeführt:

"Auf Grenzgänger ist das Abkommen nur soweit anwendbar, als diese nicht besonderen Bestimmungen unterstehen, sei es auf Grund bilateraler Abkommen, sei es in Anwendung schweizerischer Vorschriften über die Zulassung von Grenzgängern³⁵⁰."

³⁴⁶ Die grundsätzlich unmittelbare Anwendbarkeit des Vertrages ist unbestritten, vgl. BGE 111 Ib 164 (=Pra. 1986 Nr. 86 Erw. 1a); 101 Ib 226; 98 Ib 467; 97 I 530; Eriksson S. 175; Moser, Ausländer, S. 409 N 181a; Pfanner S. 47.

³⁴⁷ Vgl. EuGRZ 1975, S. 93, Ziff. 28; Müller, EMRK, S. 401; Thürer, EMRK, S. 247 f.; Wildhaber, EMRK, S. 303.

³⁴⁸ Art. 31 Abs. 1 VRK; vgl. auch BGE 110 V 106; 109 V 184; Pra. 1986 Nr. 50 Erw. 1b; ZAK, 1985, 413.

³⁴⁹ Art. 32 Abs. 1 VRK

³⁵⁰ BBl. 1964 II 1011. Als besondere Bestimmungen wären etwa die spezielle Regelung bezüglich der Arbeitslosenversicherung der Grenzgänger (vgl. demgegenüber Art. 16 Abs. 2 des Vertrages) oder die dem Grenzgängerstatus eigenen Charakteristika (so z. B. die Unmöglichkeit der Wohnsitznahme, vgl.

Daraus ist zu schliessen, dass sich grundsätzlich auch Grenzgänger auf das Abkommen berufen können, es sei denn, es bestünden "besondere Bestimmungen". Für die grundsätzliche Anwendbarkeit des Vertrages auf Grenzgänger spricht neben dem Wortlaut³⁵¹ hauptsächlich die Zielsetzung des Vertrages, nach der die Stellung der sich seit längerer Zeit in der Schweiz aufhaltenden italienischen Arbeitskräfte verbessert werden sollte³⁵². Es leuchtet nicht ein, weshalb ausgerechnet den Grenzgängern, denen ansonsten eine Vorzugsstellung gegenüber anderen ausländischen Erwerbstätigen eingeräumt wird und die unserer Kultur in der Regel am nächsten stehen³⁵³, diese Vertragsabsprachen nicht zugute kommen sollen. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass der in Art. 1 getroffene Vorbehalt den Grenzgängern die besonderen speziell ihrer Situation angepassten Normen gewährleisten sollte³⁵⁴. Der Bundesrat hält zwar der Anwendbarkeit des Vertrages Ziff. 6 des anlässlich der Unterzeichnung des Abkommens mit Italien über die Arbeitslosenversicherung vorgenommenen Briefwechsels entgegen³⁵⁵. Ob allerdings aufgrund dieses Briefwechsels die Anwendbarkeit des Vertrages von 1964 wirklich als ausgeschlossen oder zumindest eingeschränkt betrachtet werden

Art. 11 lit. a des Vertrages) zu betrachten.
³⁵¹ Unter den Begriff der "Arbeitskräfte" fallen ohne Zweifel auch die Grenzgänger. So wurde auch in den Verhandlungen stets von einer Ausländerzahl ausgegangen, welche die Grenzgänger miteinbezog, vgl. StenBull. StR 1964, 295, 301 im Zusammenhang mit den Quellen im Statistischen Jahrbuch der Schweiz, 1965 S. 103 ff.; vgl. demgegenüber aber auch den Begriff der "Auswanderer" im Ingress (Titel), der den Grenzgänger aufgrund seiner weiteren Verbundenheit mit dem Heimatstaat nicht erfasst.

³⁵² Vgl. BBl. 1964 II 1006, 1023.

³⁵³ Vgl. dazu StenBull. StR 1964, 308; Ricq S. 333, 383.

³⁵⁴ Hätte man die Grenzgänger vollkommen vom Vertrag ausschliessen wollen, wäre sicherlich eine andere Formulierung gewählt worden, vgl. etwa die Ausschlussklausel in Art. 1 Ziff. 2 lit. a der Europäischen Konvention über Wanderarbeiter, ETS No. 93.

³⁵⁵ So in der Vernehmlassung zum BGE Illpack Werk AG c. Kanton Tessin v. 7. Juni 1984 (unveröffentlicht); aus demselben Entscheid (S. 14) geht auch hervor, dass sich die schweizerische Delegation anlässlich der siebten Sitzung der durch Art. 22 des Vertrages von 1964 eingesetzten gemischten Kommission auch gegen die Anwendbarkeit von Art. 11 des Abkommens von 1964 aussprach.

kann, scheint äusserst zweifelhaft. Erfasst er nur einen kleinen Teilbereich der im Vertrag von 1964 aufgenommenen Regelungen, ist doch kaum anzunehmen, dass damit die im Vertrag von 1964 ausgehandelten Zugeständnisse eingeschränkt werden sollten. Die Verlängerungsabrede in Ziff. 6 des Briefwechsels geht ausserdem insofern über den Vertrag von 1964 hinaus, als dass die Anforderungen an die Ausnahmeregelung, d. h. die Notstandsklausel, weiter um eine Nuance erhöht wurde. So soll die Verlängerung unabhängig von der Wirtschaftslage erteilt werden und kann "im Falle von ernstlichen Störungen auf dem Arbeitsmarkt" nur durch den Bundesrat eingeschränkt werden. Auch die Tatsache, dass sich gewisse Vertragsnormen nicht direkt auf den Grenzgänger anwenden lassen³⁵⁶, vermag die Anwendbarkeit nicht auszuschliessen. Daher sollte sich auch der italienische Grenzgänger auf die Bestimmungen dieses Vertragswerkes berufen können. Das Bundesgericht hat die Frage der Anspruchsberechtigung italienischer Grenzgänger bisher jedoch offen gelassen³⁵⁷.

Unbestritten auf Grenzgänger anwendbar ist dagegen der oben bereits erwähnte, anlässlich der Unterzeichnung des Abkommens zwischen der Schweiz und Italien über die Arbeitslosenversicherung vorgenommene Briefwechsel vom 12. Dezember 1978³⁵⁸. Dieser enthält besondere Behandlungsgrundsätze zum Vorteil der italienischen Grenzgänger, die aus wirtschaftlichen Gründen ihre Anstellung in der Schweiz verloren haben. Dieser Briefwechsel unterliegt als staatsvertragliche, die Schweiz verpflichtende Vereinbarung der Genehmigung der Bundesversammlung. Im Genehmigungsbeschluss zu den Vereinbarungen über die Arbeitslosenversicherung mit

³⁵⁶ So z. B. Art. 11 lit. a letzter Satz oder Ziff. III des Schlussprotokolles.

³⁵⁷ So in den unveröffentlichten Entscheidungen vom 7. Juni 1984 i. S. Ilpack Werk AG c. Kanton Tessin S. 11 und vom 23. Januar 1985 i. S. Orologeria Anghinoni c. Kanton Tessin S. 4.

³⁵⁸ SR 0.837.945.4 = AS 1980, 507.

Frankreich, Italien, dem Fürstentum Liechtenstein und Oesterreich³⁵⁹ wird er jedoch wie auch die jeweils beigefügten Schlussprotokolle nicht explizit erwähnt. Aufgrund der ausführlichen Darlegung dieses Briefwechsels in der bundesrätlichen Botschaft³⁶⁰ wie auch des Verweises in Art. 10 des Arbeitslosenversicherungsabkommens mit Italien ist hingegen davon auszugehen, dass auch der Briefwechsel vom Genehmigungsbeschluss erfasst ist³⁶¹.

Ohne näher auf den Grenzgängerstatus einzugehen, enthalten die bisher nicht veröffentlichte Vereinbarung vom 21. Oktober 1928 in Ziff. 5³⁶² sowie das "Abkommen zwischen der Schweiz und Italien betreffend den Grenz- und Weideverkehr" vom 2. Juli 1953³⁶³ unterschiedliche Bestimmungen über die Grenzzone. Darüber hinaus finden sich darin jedoch keine für den Grenzgänger bedeutsamen Bestimmungen.

2.4.3.6. Die Beziehung Schweiz - Oesterreich

Der Grenzverkehr mit Oesterreich wird grundsätzlich im "Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Oesterreich über den Grenzübertritt von Personen im kleinen Grenzverkehr" vom 13. Juni 1973³⁶⁴ und dem "Schweizerisch - öster-

³⁵⁹ AS 1979, 2117; vgl. auch die oppositionslose kurzgefasste Annahme im StenBull. NR 1979 I 780 f.; StR 1979, 491.

³⁶⁰ BBl. 1979 I 825.

³⁶¹ Vgl. BGE 111 Ib 165 (=Pra. 1986, Nr. 86). Selbst bei Annahme fehlender Genehmigung der Bundesversammlung würde dem Briefwechsel jedoch völkerrechtliche Verbindlichkeit zukommen, vgl. hinten Abschnitt 2.4.1.2., S. 66.

³⁶² Dieses Abkommen regelt hauptsächlich die für den Grenzübertritt notwendigen Dokumente. Es wurde durch eine Absprache zwischen den Kantonen Tessin, Graubünden, Wallis und Italien vom 4. August 1948 revidiert, vgl. Moser, Ausländer, S. 405 N 163. Für den Grenzgänger ergaben sich daraus aber keine Wirkungen, vgl. BGE 11pack Werk AG c. Kanton Tessin vom 7. Juni 1984 S. 9 (unveröffentlicht). In Art. 15 wird in bezug auf den Aufenthalt und die Erwerbstätigkeit auf die landesrechtlichen Bestimmungen verwiesen.

³⁶³ SR 0.631.256.945.41 = AS 1956, 532.

³⁶⁴ SR 0.631.256.916.33 = AS 1974, 693. Dieser Vertrag, der von

reichischen Abkommen über den Grenzverkehr" vom 30. April 1947³⁶⁵ geregelt. In Art. 14 Ziff. 1 des erstgenannten Vertrages werden jedoch grundsätzlich die landesrechtlichen Rechtsvorschriften über die Ausübung einer Erwerbstätigkeit durch Ausländer und Staatenlose vorbehalten. Für den Grenzgänger sind diese Verträge daher hauptsächlich in bezug auf die Bezeichnung der Grenzzone wichtig.

2.4.3.7. Multilaterale Vertragsbestimmungen

Auf dem Gebiet des allgemeinen Fremdenrechts sind verschiedene multilaterale Abkommen zustandegekommen, die jedoch nur zum Teil von der Schweiz ratifiziert wurden³⁶⁶. Die Schweiz hatte bis anhin noch keine Gelegenheit, einem speziell die Grenzgänger betreffenden multilateralen Abkommen beizutreten³⁶⁷. Dem Grenzgänger durch multilaterale Verträge eingeräumte Rechte lassen sich deshalb allenfalls in den die Ausländer in ihrer Gesamtheit betreffenden, von der Schweiz ratifizierten Abkommen finden³⁶⁸.

der Bundesversammlung nicht genehmigt wurde, wird, da er die Delegationsnorm von Art. 25 Abs. 1 lit. a ANAG nicht überschreitet, von dieser Norm gedeckt.

³⁶⁵ SR 0.631.256.916.31 = AS 1948, 193; vgl. dazu auch das ausführende nicht veröffentlichte "Abkommen über den Grenzübertritt von Personen im Verkehr der Schweiz und der Republik Oesterreich" vom 1. Juni 1957.

³⁶⁶ Vgl. allgemein zu den Abkommen im Fremdenrecht Erdmann S. 65 ff.; insbesondere auch zu den von der Schweiz nicht ratifizierten multilateralen Abkommen Hofstetter S. 54 ff.; Pfanner S. 13 ff.; Macheret, Immigration, S. 137 ff.; Ricq S. 22 ff.; Stoffel S. 34 ff. Diese Abkommen sind aber nicht unbedingt auf Grenzgänger anwendbar, vgl. z. B. Art. 1 Ziff. 2 lit. a der europäischen Konvention über Wanderarbeiter (ETS No. 93), der die Anwendbarkeit auf Grenzgänger ausdrücklich ausschliesst.

³⁶⁷ Vgl. hinten Abschnitt 2.4.2., S. 70.

³⁶⁸ Zur Darstellung der allgemeinen Regeln des Völkerrechtes betreffend der Rechtsstellung von Fremden vgl. Bernsdorff S. 161 ff.; Macheret, Immigration, S. 15 ff.; Moser, Ausländer, S. 331 ff.; Pfanner S. 5 ff.; Stoffel S. 7 ff.; Ziegler S. 75 ff.

2.4.3.7.1. Art. 16 Abs. 1 des EFTA-Uebereinkommens

"Die Mitgliedstaaten anerkennen, dass Beschränkungen hinsichtlich der Niederlassung und des Betriebes von wirtschaftlichen Unternehmungen auf ihrem Gebiet durch Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten, wodurch diesen Staatsangehörigen eine weniger günstige Behandlung zuteil wird als ihren eigenen, nicht derart angewandt werden sollen, dass die vom Abbau oder Fehlen der Zölle und mengenmässigen Beschränkungen im Handel zwischen den Mitgliedstaaten erwarteten Vorteile vereitelt werden³⁶⁹."

Obwohl diese Bestimmung nicht die Förderung der Freizügigkeit der Ausländer, sondern einzig "unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Zielsetzung der EFTA" getroffen wurde³⁷⁰, kann sich daraus ein Bewilligungsanspruch für Ausländer ableiten lassen³⁷¹. In direkter Weise vermögen sich darauf aber nur selbständige Unternehmer zu berufen. Eine solche Privilegierung wird aber abweichend vom Wortlaut des Abkommens als Ausfluss der den ausländischen Unternehmungen garantierten wirtschaftlichen Freiheiten mittelbar auch für unselbständige ausländische Erwerbstätige anerkannt. Dies grundsätzlich aber nur dann, wenn es sich um einen in leitender Stellung tätigen oder als Spezialist für ein Unternehmen unentbehrlichen Arbeitnehmer³⁷² handelt, wobei der Arbeitgeber im Produk-

³⁶⁹ AS 1960, 602; vgl. dazu auch den weitgefassten Polizeivorbehalt in Abs. 5.

³⁷⁰ Vgl. Chrzanovski S. 5, 7; Föderalismus-Hearings S. 921 f.; Fröhlich S. 67; Macheret, Immigration, S. 231; Pfanner S. 24; Stoffel S. 80.

³⁷¹ In BGE 98 Ib 388 Erw. 2b, bestätigt durch BGE 100 Ib 228 Erw. 1, wurde diese Bestimmung als direkt anwendbar erklärt, vgl. dazu auch Chrzanovski S. 14; Pfanner S. 27 f. m. w. H.; a. M. Caytas S. 11; Macheret, Immigration, S. 93, 244 f. Bewilligungen werden dafür, soweit notwendig, dem BIGA-Kontingent angerechnet, vgl. Chrzanovski S. 13.

³⁷² Dabei ist davon auszugehen, dass dieser im Gegensatz zur Unternehmung nicht die Staatsangehörigkeit eines EFTA-Mitgliedes haben muss, da den vom Abkommen erfassten Unternehmungen grundsätzlich die Einsetzung aller notwendigen Arbeitskräfte garantiert werden soll; vgl. zu den vertretenen Lehrmeinungen Macheret, Immigration, S. 238 f. Zur EFTA

tions- oder Handelsbereich angesiedelt werden können muss und seine Waren ihren Ursprung in der Freihandelszone haben³⁷³. Zu beachten ist auch der in Art. 16 Abs. 5 vorgesehene Vorbehalt zu Gunsten der Volksgesundheit, der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit, der nationalen Sicherheit sowie des sozialen oder demographischen Gleichgewichtes³⁷⁴.

Unter Zugrundelegung des mit dieser Vorschrift angestrebten Zweckes ist darauf zu schliessen, dass auch dem in einer Schlüsselposition tätigen unselbständigen Grenzgänger, sofern die übrigen oben genannten Voraussetzungen erfüllt sind, ein aus Art. 16 Abs. 1 EFTA-Uebereinkommen indirekt abgeleiteter Zulassungsanspruch zusteht. Aufgrund des engen Anwendungsbereiches ist es jedoch durchaus verständlich, dass diese Vertragsnorm allgemein und im besonderen für die Grenzgänger von geringer Bedeutung ist³⁷⁵.

2.4.3.7.2. Der Ratsbeschluss der OECD 1953/1956

Der "Beschluss des (OECD)Rates zur Regelung der Beschäftigung von Angehörigen der Mitgliedstaaten" vom 30. Oktober 1953 in der Fassung vom 7. Dezember 1956³⁷⁶ enthält wesentliche Bestim-

gehörten zu Beginn 1987 Finnland, das Fürstentum Liechtenstein (dies solange, als es mit der Schweiz eine Zollunion bildet und diese ihrerseits Mitglied der EFTA ist, vgl. AS 1960, 634 f.; es besitzt aber kein Stimmrecht), Island, Norwegen, Oesterreich, Schweden und die Schweiz.

³⁷³ Vgl. BGE 98 Ib 389 f.; Chrzanovski S. 5 ff.; Fröhlich S. 68 ff.; Pfanner S. 24 ff.

³⁷⁴ Vgl. dazu Macheret, Immigration, S. 240.

³⁷⁵ Vgl. Fröhlich S. 67; Moser, Ausländer, S. 342; Pfanner S. 28.

³⁷⁶ Vgl. den ausführlichen Text bei Erdmann S. 323 ff. Allgemein stellen sich Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Verbindlichkeit der OECD-Beschlüsse. Einerseits weist Art. 5 i. V. m. Art. 6 Abs. 3 des Gründungsstatutes (SR 0.970.4 = AS 1961, 870 ff.) darauf hin, dass diese nur unter Einhaltung des innerstaatlichen Verfassungsrechtes verbindlich werden, d. h. in concreto unter Beachtung des Genehmigungsrechtes der Bundesversammlung. Andererseits wird in VPB 1976 Nr. 76 aufgrund Art. 19 lit. b des Verfahrensreglementes, der eine Mitteilungspflicht der Mitglieder stipuliere, bzw.

mungen über die Bewilligungserteilung an ausländische Arbeitnehmer, die grundsätzlich auch auf die Grenzgänger anwendbar wären³⁷⁷. Allerdings brachte die Schweiz aus überfremdungsrechtlichen Gründen einen Vorbehalt an³⁷⁸. Nachdem gewisse Aeusserungen darauf schliessen liessen, dass sich Ausländer auf diesen Beschluss berufen können³⁷⁹, gelangte das Bundesgericht in BGE 100 Ib 229 ff. zum Resultat, dass der Ratsbeschluss nicht unmittelbar anwendbar sei und der Ausländer daher daraus keine Ansprüche ableiten könne³⁸⁰. Daher stehen dem Grenzgänger aus diesem Beschluss keine unmittelbaren Rechte zu.

der darauf gestützten Praxis davon ausgegangen, dass bei Unterlassung derselben der betreffende Beschluss Gültigkeit erlange. Ob allerdings ein Versäumnis dieser Meldepflicht zur Verbindlichkeit führt, was eigentlich Art. 6 Abs. 3 des übergeordneten Gründungsstatuts entgegensteht, scheint fraglich. Diese Problematik ist hier insofern von Bedeutung, als der oben genannte OECD-Beschluss von der Bundesversammlung nicht genehmigt wurde und damit als unverbindlich einzustufen ist; offen gelassen in BGE 100 Ib 229 ff.; vgl. dazu Hans Huber in ZbJV 1975, 432 m. w. H.; Macheret, Immigration, S. 167; Pfanner S. 20 ff., insbesondere S. 22.

³⁷⁷ Vgl. insbesondere zur erstmaligen Bewilligungserteilung Art. 1, der allerdings durch Art. 2 erheblich eingeschränkt wird, sowie Art. 3 und 5 bezüglich der Bewilligungsverlängerung; Macheret, Immigration, S. 167.

³⁷⁸ Vgl. Macheret, Immigration, S. 166 ff., insbesondere S. 175 f.; Moser, Ausländer, S. 342; Pfanner S. 19 f.; Stöfel S. 80 f.

³⁷⁹ Vgl. BBl. 1964 II 1002; StenBull. NR 1965, S. 198, 200; Bericht SK S. 73; Huber, Arbeitskräfte, S. 23, 28; Kleemann S. 29 N 56; Moser, Ausländer, S. 400 N 152, 410.

³⁸⁰ Das Bundesgericht begründete dies damit, dass der angerufene Beschluss des OECD-Rates "inhaltlich nicht hinreichend bestimmt" und deshalb nur als an die politische Behörde gerichtet zu betrachten sei. Dieses Ergebnis wurde in den Entscheidungen vom 5. Mai 1976 i. S. M. c. Regierungsrat des Kantons Zürich (publiziert in ZR 1977 Nr. 87 = SJIR 1977, 172 Erw. 4) und vom 7. Juni 1984 i. S. Ilipack Werk AG c. Kanton Tessin S. 11 (unveröffentlicht) bestätigt. Vgl. dazu auch VPB 1975 Nr. 76; kritisch Hans Huber in ZbJV 1975, 430; ders., Grundrechte, S. 121 f.; differenzierter Pfanner S. 23 f.

2.4.3.7.3. *Das Europäische Uebereinkommen über die Regelung des Personenverkehrs*

Auch aus dem "Europäischen Uebereinkommen über die Regelung des Personenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten des Europarates" vom 13. Dezember 1957³⁸¹ lassen sich für den Grenzgänger keine besonderen Rechte ableiten. Wohl wird mit einem in der Anlage des Vertrages aufgeführten Dokument ein freies Ein- und Ausreiserecht für einen Aufenthalt von drei Monaten gewährleistet, doch wird die Einreise mit Erwerbsabsicht davon ausdrücklich ausgenommen³⁸².

2.4.3.7.4. *Das Uebereinkommen (Nr. 111) über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf*

Am 13. Juli 1962 trat für die Schweiz das im Rahmen der Allgemeinen Konferenz der Internationalen Arbeitsorganisation³⁸³ am 25. Juni 1958 abgeschlossene "Uebereinkommen (Nr. 111) über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf" in Kraft³⁸⁴. Da diese Uebereinkunft in sehr allgemeiner Weise abgefasst wurde und zudem von allen Staaten ein weiteres Handeln verlangt³⁸⁵, ist sie nicht unmittelbar anwendbar³⁸⁶. Es ist aber auch zweifelhaft, ob sich diese Uebereinkunft überhaupt auf die Ausländer bezieht, kann doch der in Art. 1 verwendete Begriff der "nationalen Abstammung" auch nur

³⁸¹ SR 0.142.103 = AS 1967, 845; vgl. dazu Macheret, Immigration, S. 194 f.

³⁸² Art. 1 des Abkommens; Macheret, Immigration, S. 61.

³⁸³ Die ILO ist eine Spezialorganisation der UNO, welcher auch die Schweiz angehört, vgl. Pfanner S. 18 m. w. H.

³⁸⁴ SR 0.822.721.1 = AS 1961, 810.

³⁸⁵ So besteht die Verpflichtung der Staaten gemäss Art. 2 darin, "eine innerstaatliche Politik festzulegen und zu verfolgen, die darauf abzielt, mit Methoden, die den innerstaatlichen Verhältnissen und Gepflogenheiten angepasst sind, die Gleichheit der Gelegenheit und der Behandlung in bezug auf Beschäftigung und Beruf zu fördern, um jede Diskriminierung auf diesem Gebiet auszuschalten"; vgl. auch die den Staaten in Art. 3 speziell überbundenen Vorkehren.

³⁸⁶ BGE 106 Ib 186 ff. Erw. 3.

auf Bevölkerungsgruppen innerhalb der gleichen Staatsangehörigkeit bezogen sein³⁸⁷. Daher stehen dem Grenzgänger aus diesem Abkommen keine unmittelbaren subjektiven Rechte zu³⁸⁸.

2.4.3.7.5. Die Europäische Menschenrechtskonvention

Die vom Bundesrat am 28. November 1974 ratifizierte "Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten" (EMRK)³⁸⁹ sichert allen der Jurisdiktion der Vertragsparteien unterstehenden Personen, also auch den Ausländern, die in der Konvention niedergelegten Rechte und Freiheiten zu³⁹⁰. Da die EMRK weder Zulassungsgarantien³⁹¹ noch wesentliche Vorschriften für die Beendigung des Aufenthaltes enthält³⁹², ist aber die Bedeutung der EMRK für den Grenzgänger auf die allgemeinen garantierten Rechte und Freiheiten beschränkt. Auf diese Garantien kann sich der Grenzgänger jedoch grundsätzlich gleich wie alle anderen sich in der

³⁸⁷ Diese Meinung vertritt der Bundesrat ausdrücklich in seiner Botschaft, BBl. 1960 I 35; vgl. dazu auch Hofstetter S. 53; Stoffel S. 40; allgemein zum Problem von "ausserrechtlichen Wirkungen" Thürer, Soft Law.

³⁸⁸ Vgl. allgemein zu den (mittelbaren) Wirkungen der in der internationalen Arbeitskonferenz getroffenen Beschlüsse Pfanner S. 18; Stoffel S. 42 f.

³⁸⁹ SR 0.101 = AS 1974, 2151.

³⁹⁰ Art. 1 EMRK; EuGRZ 1980, 232; Pfanner S. 28; zu den Grundrechten der EMRK im speziellen vgl. Frowein/Peukert S. 20 ff.; Macheret, Immigration, S. 184; Thürer, EMRK, S. 244 ff.; Wildhaber, EMRK, S. 361 ff.

³⁹¹ Vgl. BBl. 1986 II 597; EuGRZ 1983, 215; Pfanner S. 28. Die gestützt auf Art. 8 EMRK vorgenommene Rechtsprechung des EGMR bezüglich des Familiennachzuges ist für den Grenzgänger ohne Belang. Daneben finden auch die Verfahrensgarantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK im Zulassungsverfahren keine Anwendung, vgl. BBl. 1986 II 597; EuGRZ 1981, S. 90, Ziff. 11; BGE vom 7. Juni 1984 i. S. Ilpack Werk AG c. Kanton Tessin S. 11/12 (unveröffentlicht).

³⁹² Vgl. Pfanner S. 29 ff. Solche sind allerdings im vom Bundesrat unterzeichneten, vom Parlament aber noch nicht genehmigten Zusatzprotokoll Nr. 7 (Art. 1) stipuliert, vgl. BBl. 1986 II 597. Seiner Zielsetzung entsprechend ist der Begriff der "Ausweisung" im Sinne einer zwangsweisen Beendigung einer an sich rechtmässigen Anwesenheitsregelung für eine gewisse Dauer aufzufassen, so dass sich die Schutzwirkung auch auf die Aufhebung einer Grenzgängerbewilligung erstreckt; in diesem Sinne auch BBl. 1986 II 598.

Schweiz aufhaltenden Ausländer berufen³⁹³.

2.5. Die kantonalen Ausführungsbestimmungen

Eine weitere Rechtsquelle stellen die Ausführungsgesetzgebungen der Kantone dar, denen in Art. 25 Abs. 3 ANAG zusammen mit dem Bundesrat (Abs. 1) die Ausführungsgesetzgebung zugewiesen wird. Im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung³⁹⁴ ist dabei davon auszugehen, dass die Kantone sowohl formell- als auch materiellrechtliche Vorschriften erlassen dürfen³⁹⁵, wenn diese der Bundesregelung, die diesbezüglich nicht erschöpfend sein darf, nicht in Sinn und Geist zuwiderlaufen³⁹⁶.

Die Kantone haben in unterschiedlicher Weise von der ihnen in Art. 25 Abs. 3 ANAG eingeräumten Befugnis zur Ausführungsgesetzgebung Gebrauch gemacht³⁹⁷. Finden sich in den allgemeinen frem-

³⁹³ Vgl. allgemein zu den dem Ausländer zustehenden Grundrechten Arta S. 49 ff.; Fehrli S. 117 ff.; Aubert, Etrangers, S. 221 ff.; Hauser, Freiheitsrechte, S. 49 ff.; Huber, Grundrechte, S. 135 ff.; Marti, HGF, S. 160 ff.; Pfanner S. 49 ff.; Rüesch S. 148 ff.; Wertenschlag S. 135 ff.

³⁹⁴ Vgl. BGE 107 Ia 288 Erw. 4a; 101 Ia 506 Erw. 2b; 99 Ia 507 Erw. 2a.

³⁹⁵ Vgl. Hofstetter S. 14. Die Formulierung von Art. 25 Abs. 3 ANAG lässt sogar auf eine Verpflichtung der Kantone schliessen; gl. M. Niederberger S. 28. Nach Moser, Ausländer, S. 385, ist durch das Fehlen kantonalen Einführungsbestimmungen sowohl Art. 25 Abs. 3 ANAG wie auch der Grundsatz der rechtsstaatlichen Verwaltung als verletzt zu betrachten.

³⁹⁶ Vgl. Moser, Ausländer, S. 382; Pfanner S. 63 f. N 4; Renaud S. 273 ff.; Ruth N 40; Sträuli S. 185; a. M. Lambercy S. 104 f., 109, der unter Hinweis auf die Vereinheitlichung des Ausländerrechts die kantonale Ausführungsgesetzgebung auf Verfahrens- und Organisationsvorschriften beschränkt. Dem ist entgegen zu halten, dass mit der Zuweisung des weiten Ermessensspielraumes bereits eine erhebliche Abweichung von diesem Grundsatz in Kauf genommen wurde. Ausserdem lässt sich diese Auslegung weder mit dem Wortlaut von Art. 25 Abs. 3 ANAG, noch mit dem der Fremdenrechtsgesetzgebung zu Grunde liegenden Gedanken, die kantonale Kompetenz nur soweit als nötig einzuschränken, vereinbaren.

³⁹⁷ Während z. B. der Kanton Zürich kaum Regelungen aufgestellt hat, ist der Kanton Graubünden in seiner Gesetzgebung zur Zulassung zum Teil weiter gegangen als der Bund, vgl. v. a. Art. 9 lit. b, c und g der "Verordnung über die Zulassung ausländischer Arbeitskräfte" vom 30. November 1981 (GS des

denrechtlichen Ausführungsbestimmungen jedoch selten Regelungen, die speziell auf den Grenzgänger ausgerichtet sind, ist es auch möglich, dass eine entsprechende Regelung in einer anderen Norm der kantonalen Gesetzgebung verankert ist³⁹⁸. In gewissen Kantonen wurden sogar speziell sich auf die Grenzabkommen beziehende kantonale Erlasse aufgestellt³⁹⁹. Bestehen keine derartigen Spezialbestimmungen, findet die allgemeine kantonale Fremdenrechtsgesetzgebung wie diejenige des Bundes soweit möglich eine direkte Anwendung.

Eine ausführliche kantonale Ausführungsgesetzgebung ist v. a. deshalb zu begrüßen, weil damit die fehlende Transparenz im Bundesrecht wesentlich ausgeglichen werden könnte und dabei auch die kantonale Praxis bzw. die örtlich verschiedenen Interessen im Fremdenrecht der Kantone eine Berücksichtigung finden würden. Es ist daher zu bedauern, dass die kantonalen Regelungen zum Teil lückenhaft sind und zudem oftmals ein erhebliches Alter aufweisen.

Kantons Graubünden Nr. 618.200). Vgl. die Zusammenstellung der wesentlichen Ausführungsbestimmungen der Grenzkantone vorne im Anhang Abschnitt 9.2., S. 252 sowie Moser, Ausländer, S. 382 ff.

³⁹⁸ So z. B. im Kanton St. Gallen, wo die Zuständigkeit zur Erteilung der Grenzgängerbewilligung in Art. 24 Abs. 2 der "Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Arbeitslosenversicherung, die Arbeitslosenfürsorge und die Arbeitsvermittlung" vom 8. Dezember 1952 (GS des Kantons St. Gallen Nr. 361.11) geregelt wird.

³⁹⁹ So z. B. in den Gesetzgebungen der Kantone Basel-Land und Aargau.

3. DIE ZULASSUNG VON GRENZGAENGERN

3.1. Die Bewilligungspflicht

Gemäss Art. 1 ANAG ist der Ausländer zur Anwesenheit auf Schweizerboden nur berechtigt, wenn er eine Aufenthaltsbewilligung besitzt oder keiner solchen bedarf⁴⁰⁰. Da damit jede tatsächliche Gegenwart des Ausländers in der Schweiz gemeint ist⁴⁰¹, untersteht auch der Grenzgänger der Bewilligungspflicht. Er bedarf daher, soweit er die schweizerische Staatsbürgerschaft nicht besitzt, einer Grenzgängerbewilligung⁴⁰². Eine Besonderheit des schweizerischen Systems ist darin zu sehen, dass die Arbeitsbewilligung in Form einer Bedingung integrierter Bestandteil der Anwesenheitsbewilligung ist; ihr kommt daher grundsätzlich keine eigenständige Bedeutung zu⁴⁰³.

⁴⁰⁰ Der bewilligungsfreie Aufenthalt gilt unter Vorbehalt anderweitiger Anordnungen der Behörden im Einzelfall gemäss Art. 1 Abs. 1 ANAV während der für den Ausländer geltenden Anmeldefrist (vgl. Art. 2 Abs. 1 ANAG, Art. 2 ANAV) sowie nach richtig erfolgter Anmeldung bis zum Entscheid über das mit ihr einzureichende Gesuch von Aufenthalt oder Niederlassung. Dabei ist davon auszugehen, dass der bewilligungsfreie Aufenthalt nur bis zum erstmaligen Entscheid, nicht aber bis zu dessen rechtskräftiger Erledigung dauert, vgl. Ruth N 54 und 129: "...bis eine Behörde anders verfügt...". Soweit dies nicht schon allgemein für das zu ergreifende Rechtsmittel vorgesehen ist und keine wesentlichen öffentlichen Interessen entgegenstehen, kann diesem aber die aufschiebende Wirkung (Suspensiveffekt) zuerkannt werden, wodurch der bewilligungsfreie Aufenthalt bis zum Entscheid der jeweiligen Rechtsmittelinstanz erstreckt würde.

⁴⁰¹ Vgl. Eriksson S. 152 N 112; Marti, HGF, S. 133; Rüegg S. 13.

⁴⁰² Die schweizerischen Ausländerbewilligungen werden in die Typen A (Saisonierbewilligung), B (Jahresaufenthaltsbewilligung), C (Niederlassungsbewilligung), D (bis 1987 Toleranzbewilligung) und F (Internierte) eingeteilt; nähere Angaben bei Moor/Hofstetter S. 33, der aber die Grenzgängerbewilligung zu Unrecht dem Typ F zuordnet. Zu weiteren Einteilungsvermerken vgl. Pfanner S. 89 N 33, 176 N 1, 210 N 7; Ruth N 99 f.

⁴⁰³ Art. 3 Abs. 3 ANAG; vgl. Bericht SK S. 41; Caytas S. 20; Marti, HGF, S. 140; Moser, Ausländer, S. 398/9; Pfanner S. 96; Rupp S. 278; Ruth N 28; Thürer, Landesbericht, S. 42; Wüthrich N 52.

3.2. Anforderungen zur Anerkennung des Grenzgängerstatus

Während bei anderen Bewilligungsarten grundsätzlich jeder Ausländer die Möglichkeit hat, zugelassen zu werden, wird die Zulassung der Grenzgänger von gewissen zusätzlichen Voraussetzungen abhängig gemacht⁴⁰⁴. Sind diese nicht erfüllt, ist die Vergabe einer Grenzgängerbewilligung von vornherein ausgeschlossen, d. h. die weiteren Zulassungsvorschriften des allgemeinen Fremdenrechtes müssen gar nicht mehr geprüft werden⁴⁰⁵. Diese nur die Grenzgängerbewilligung betreffenden Zulassungsbedingungen sollen im folgenden näher ausgeführt werden.

3.2.1. Geographische Anforderungen an den Wohn- und Arbeitsort

3.2.1.1. Arbeitsort innerhalb der Grenzzone

Eine Grenzgängerbewilligung darf nur ausgestellt werden, wenn sich der Arbeitsort innerhalb der schweizerischen Grenzzone befindet⁴⁰⁶. Ausserhalb dieses Territoriums ist deshalb die Beschäftigung von Grenzgängern von bundesrechtswegen grundsätzlich untersagt⁴⁰⁷. Da der Arbeitsort aber als Bezugspunkt zur Bestimmung

⁴⁰⁴ Zu deren Rechtfertigung vgl. hinten Abschnitt 1.3.1., S. 6.

⁴⁰⁵ Der Ausländer müsste nach einer anderen im Ausländerrecht vorgesehenen Bewilligung nachsuchen. Die dabei in Frage kommende Jahresaufenthaltsbewilligung wird allerdings in der Praxis für Ausländer, die eine Grenzgängertätigkeit anstreben, kaum erteilt werden. Vielmehr wird in solchen Fällen eine Kurzaufenthaltsbewilligung für sechs Monate ausgestellt, nach deren Ablauf dem Arbeitnehmer, sofern er seinen Wohnsitz in die Grenzzone verlegt hat, eine Grenzgängerbewilligung erteilt werden kann. Ohne Wohnsitzwechsel bleibt daher Ausländern, die nicht in der Grenzzone wohnen, der Zugang zum schweizerischen Arbeitsmarkt verwehrt.

⁴⁰⁶ Art. 23 Abs. 3 BVO. Diese Restriktion soll einerseits das Potential des ausländischen Arbeitskraftsangebotes im Rahmen halten und andererseits die Möglichkeit der täglichen Rückreise gewährleisten, vgl. Weber S. 77.

⁴⁰⁷ Zu den Erfordernissen bei der temporären Teilzeitarbeit vgl. BFA-Weisungen A 235.

des noch zugelassenen "nachbarlichen Wohnsitzes" dient⁴⁰⁸, werden die diesbezüglichen Möglichkeiten nicht allein durch die Festlegung der Grenzzone, sondern darüber hinaus auch durch die geographische Situation des Wohnsitzes des ausländischen Arbeitnehmers bestimmt.

3.2.1.2. Wohnsitz in der benachbarten Grenzzone

Aus Art. 23 Abs. 2 BVO geht hervor, dass eine Grenzgängerbewilligung für Grenzgänger nur erteilt werden darf, "wenn der Gesuchsteller seit mindestens sechs Monaten⁴⁰⁹ seinen ordentlichen Wohnsitz in der benachbarten Grenzzone⁴¹⁰ hat und eine entsprechende Wohnsitzbescheinigung⁴¹¹ vorlegt". Es kann dabei insofern vom Wohnsitzbegriff des Art. 23 Abs. 1 ZGB ausgegangen werden, als damit auch der "Ort des dauernden Verbleibens" gemeint ist. Gemäss h. L. und Praxis wird damit derjenige Ort bezeichnet, in dem sich der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen befindet⁴¹². Aus dem Sinn und Zweck⁴¹³ von Art. 23 BVO ergibt sich aber, dass der hier verwendete Begriff des "ordentlichen Wohnsitzes" mit dem privatrechtlichen Wohnsitzbegriff nicht vollkommen identisch ist. Es liegt im Bestreben dieser Norm, die Grenzgängerbewilligung nur denjenigen Ausländern abzugeben, die ihren privaten, ausserhalb der Er-

⁴⁰⁸ Vgl. nachfolgend Abschnitt 3.2.1.2., S. 91.

⁴⁰⁹ Vgl. die offenere Bestimmung in Entwurf Art. 20 Abs. 5, wo keine bestimmte Dauer vorgesehen gewesen wäre.

⁴¹⁰ Zum allgemeinen Begriff der Grenzzone vgl. Witmer S. 27, 29 sowie hinten Abschnitt 1.3.2.1., S. 10.

⁴¹¹ In Zweifelsfällen können auch andere Nachweise - z. B. Lohnbestätigungen, Steuerausweise, Mietverträge usw. - verlangt werden, vgl. BIGA 1986, S. 62.

⁴¹² BGE 108 Ia 254 Erw. 3a, 97 II 1 Erw. 3; vgl. Pedrazzini/Oberholzer S. 102 ff. Dabei kommt es nicht auf den subjektiven Willen des Betroffenen an, sondern auf die äusseren erkennbaren Umstände, vgl. BGE 99 Ib 7; 97 II 3/4; Burckhardt S. 366; Pedrazzini/Oberholzer S. 100.

⁴¹³ Beim Begriff des Wohnsitzes ist stets der Zweck der Vorschrift mitzuberücksichtigen, vgl. Burckhardt S. 365; Pedrazzini/Oberholzer S. 100.

werbstätigkeit liegenden Lebensraum direkt an der Grenze haben. Mit dem Wegfall dieser Situation soll nach dem fremdenrechtlichen Grundgedanken auch die Möglichkeit der Grenzgängerbewilligung dahinfallen. Damit sind die dem zivilrechtlichen Wohnsitzbegriff eigene Vermutung von Art. 24 Abs. 1 ZGB sowie die in Art. 23 Abs. 3 ZGB vorgesehene Relevanz einer Geschäftsniederlassung⁴¹⁴ nicht auf den Wohnsitzbegriff im Grenzgängerrecht anwendbar. Das Erfordernis einer starken Beziehung zur Grenzzone wird auch dadurch untermauert, dass der Wohnsitz im Minimum sechs Monate⁴¹⁵ in der relevanten Grenzzone bestanden haben muss⁴¹⁶.

Der Wohnsitz muss sich nicht nur in der Grenzzone des Auslandes, sondern darüber hinaus in der "benachbarten" Grenzzone befinden. Daraus lässt sich der für die Schweiz aufgrund ihrer geographischen Situation selbstverständliche Schluss ziehen, dass Grenzanwohner eines nicht der Schweiz anliegenden Staates keine Grenzgängerbewilligung erhalten können. Darüber hinaus liegt es aber auch im Sinne einer zielgerichteten Interpretation, dass nicht jeder Einwohner in der Grenzzone der die Schweiz umgebenden Nachbarländer für eine Grenzgängerbewilligung in Frage kommt, sondern nur derjenige, dessen Wohnsitz im Ausland in einer bestimmten Nähe des schweizerischen Arbeitsortes gelegen ist⁴¹⁷. Nähme man nur die

⁴¹⁴ Zum Begriff der Geschäftsniederlassung vgl. Pedrazzini/Oberholzer S. 104; Ruth N 26.

⁴¹⁵ Als für die Fristberechnung relevante Zeitpunkte gelten dabei einerseits die Anmeldung in der ausländischen Wohnsitzgemeinde und andererseits das Datum des vorgesehenen Stellenantrittes. Dieses Kriterium ist auch erfüllt, wenn während dieser Zeit der Wohnsitz innerhalb der massgebenden Grenzzone gewechselt wurde.

⁴¹⁶ Diese Frist wurde auf Veranlassung der Nachbarstaaten eingeführt, um die starke Bevölkerungsbewegung Richtung Grenzgebiet und die organisierten Transporte von Ausländern aus weiter entfernt gelegenen Gebieten in die Grenzzone zum Zwecke der Erlangung der Vorteile der Grenzgängerbewilligung einzudämmen, vgl. dazu StenBull. NR 1980, 1096 (V Barchi). Insbesondere sollten die sozial unerwünschten "Grenzgängerghettos" an der Grenze unterbunden werden, vgl. StenBull. NR 1983, 250; Ricq S. 144.

⁴¹⁷ Vgl. Paetzold, Grenzgänger, S. 4. Das Element der Nachbarschaft wird also nicht nur durch die Grenze, sondern zusätzlich durch die Entfernung zwischen Wohn- und Arbeitsort be-

ausländische Grenzzone als Zulassungskriterium, so wäre den rechtspolitischen Grundgedanken, die Vorteile der Grenzgängerbewilligung nur den Einwohnern eines distanzmässig beschränkten Gebietes zukommen zu lassen bzw. die tägliche Rückkehr zu gewährleisten, zu wenig Rechnung getragen⁴¹⁸. Muss daher diese weitere Einschränkung als durchaus berechtigt und sinnvoll angesehen werden, so belässt sie einige Unsicherheit darüber, welchem Gebietsbereich der Begriff "nachbarlich" entsprechen soll. Dem Zweck entsprechend müsste eine maximal zulässige Distanzangabe zwischen Wohn- und Arbeitsort festgelegt werden⁴¹⁹.

3.2.1.3. Die Festlegung der Grenzzone im allgemeinen

Das Bundesrecht verwendet in Art. 23 Abs. 2 und 3 BVO den Begriff der Grenzzone, ohne diesen näher zu definieren oder auf andere Rechtsquellen zu verweisen. Es ist aber davon auszugehen, dass damit die in den mit unseren Nachbarländern abgeschlossenen Vereinbarungen enthaltenen Gebietsbestimmungen gemeint sind, für deren Waren- und Personenverkehr besondere Bestimmungen gelten sollen⁴²⁰. Die Umschreibung der Grenzzone erfolgt dabei entweder

stimmt.

⁴¹⁸ So wäre nicht einzusehen, weshalb ein Einwohner des - in der deutschen Grenzzone liegenden - Städtchens Ravensburg in Basel als Grenzgänger zugelassen würde, während ein Einwohner des - etwa gleich weit entfernten, aber nicht in der Grenzzone gelegenen - Städtchens Offenburg davon ausgeschlossen wäre. Noch krasser wäre die Zulassung eines im italienischen Grenzgebiet des Aostatales wohnenden Italieners zur Erwerbstätigkeit im bündnerischen Sargans.

⁴¹⁹ Dabei wäre entweder von der Luftliniendistanz oder der Länge des Zufahrtsweges auszugehen. Vorzuziehen wäre demgegenüber jedoch die Möglichkeit, auf den zeitlichen Aspekt abzustellen, indem die Zeit des Arbeitsweges mit dem üblicherweise benützten Verkehrsmittel eine gewisse Dauer nicht überschreiten dürfte. Eine solche Regelung könnte etwa im Sinne von Art. 91 lit. b AVIV formuliert werden ("...der Versicherte ihn...innert einer halben Stunde erreichen kann..."). In diesem Sinne die Zulassungspraxis im Kanton Genf, vgl. Guide, S. 13; BIGA, 1986, S. 62

⁴²⁰ Der Verweis auf die abgeschlossenen Staatsverträge ist nahelegend, verwendet der Bundesrat doch die gleiche Terminolo-

durch Angabe einer Kilometerdistanz unter Vorbehalt genauerer örtlicher Festlegung⁴²¹ oder durch Aufzählung der zur Grenzzone gehörenden Oertlichkeiten⁴²². In der Praxis zeigt es sich jedoch, dass die Kantone dieser Zonenumschreibung nicht gänzlich nachkommen, sondern zum Teil davon erheblich abweichen⁴²³.

Trotz des Verweises auf das Völkervertragsrecht ist aber zu beachten, dass es sich bei der Berücksichtigung dieser Grenzzonen um die Anwendung von innerstaatlichem Recht handelt, es sei denn, die staatsvertraglichen Abmachungen sehen deren zwingende Fixierung im Sinne einer Anspruchsbeschränkung oder -garantie ausdrücklich vor⁴²⁴. Durch das Abstellen der h. L. auf die jeweils mit den Nachbarländern abgeschlossenen Grenzabkommen ist die von den Kantonen ausgeübte Zulassungspraxis ausserordentlich unterschiedlich. Da der Bundesrat die in Art. 23 BVO zu beachtende Gebiets-einschränkung einseitig und vom Ausland unabhängig festsetzen kann, läge es im Sinne der durch die Bundesgesetzgebung ange-

gie ("Grenzzone") ohne diese speziell zu umschreiben. Es ist kaum anzunehmen, dass er die Festlegung dieses Gebietes den Kantonen überlassen wollte, bedeutet diese Vorschrift doch eine erhebliche Einschränkung des kantonalen Handlungsspielraumes, vgl. BBl. 1978 II 205; BIGA, 1986, S. 62 f.; Paetzold, Grenzgänger, S. 2; zur früheren kantonalen Praxis Weber S. 77 ff. Schwierigkeiten können sich aber dann ergeben, wenn verschiedene Abkommen mit einem Land unterschiedliche Grenzzonen festlegen, siehe vorne Abschnitt 3.2.1.4., S. 96.

⁴²¹ So z. B. in den Abkommen mit Frankreich (SR 0.631.256.934.91 Art. 5) oder Italien (SR 0.631.256.945.41 Art. 1).

⁴²² So z. B. in den Abkommen mit der Bundesrepublik Deutschland (SR 0.631.256.913.63 Art. 1 Abs. 2) oder mit Österreich (SR 0.631.256.945.41 Art. 1); vgl. BIGA, 1986, S. 62.

⁴²³ Vgl. dazu die näheren Angaben vorne Abschnitt 3.2.1.4., S. 96. In BIGA, 1986 (S. 62) findet sich diesbezüglich die Anweisung, den Begriff der Grenzzone nicht allzu starr auszulegen.

⁴²⁴ Solche den Bund bezüglich der Zulassung von Grenzgängern bindende Zonenvorschriften bestehen heute keine. Allerdings betrachten gewisse Kantone (z. B. Jura und Waadt) die Regelung im Grenzgängervertrag mit Frankreich von 13. April 1958 (SR 0.142.113.498) als bindend. Die dort festgelegte Grenzzone ist jedoch nur hinsichtlich des persönlichen Geltungsbereiches des Abkommens relevant, kann jedoch nicht als zwischenstaatlich zwingende Zulassungseinschränkung gewertet werden.

strebten Rechtssicherheit und Rechtsvereinheitlichung, wenn er diese selbst ausdrücklich bestimmen würde oder zumindest auf die massgebenden Staatsverträge hinweisen würde.

Es sei an dieser Stelle die Frage aufgeworfen, ob nicht gar auf die Festsetzung einer Grenzzone zu verzichten wäre⁴²⁵. Damit könnte dem schweizerischen Arbeitsmarkt ein weiteres Arbeitskraftpotential aus einem nahestehenden Kulturbereich zugänglich gemacht werden, ohne dass überfremdungspolitisch eine höhere Belastung hingenommen werden müsste⁴²⁶. Ausserdem würde dies den Zuzug weiterer Ausländer in die Grenzzone des Nachbarstaates und damit die Belastung der Grenzorte verringern. Es wäre zudem auch den Nicht-Grenzkantonen rechtlich möglich, von dieser Bewilligungsart Gebrauch zu machen⁴²⁷. Dem Einwand, dies hätte einen Ansturm ausländischer Arbeitnehmer zur Folge, ist entgegenzuhalten, dass einerseits der Arbeitsweg eine natürliche Grenze setzt⁴²⁸ und es andererseits weiterhin im pflichtgemässen Ermessen der Behörden liegt, die Zulassung zu gestatten⁴²⁹. Unabhängig von dieser Frage ist aber davon auszugehen, dass aufgrund der Verkehrsentwicklung der letzten Jahre⁴³⁰ eine Wohnsitznahme auch in weiter entfernten Gebieten möglich sein sollte. Die derzeit festgesetzten Grenzzonen sollten daher zumindest erweitert, d. h. den heutigen Verhältnissen ange-

⁴²⁵ Vgl. Riq. S. 25, 390, 430.

⁴²⁶ Siehe hinten Abschnitt 1.3.1., S. 6.

⁴²⁷ Der einheimische Arbeitsmarkt bliebe durch Art. 7 Abs. 1 BVO weiterhin geschützt.

⁴²⁸ Vgl. die entsprechenden Untersuchungen von Mohr S. 82 ff. Es ist daher nicht zwingend, dass diese Annäherung des rechtlichen an den faktischen Grenzgängerbegriff die Gesuchszahlen stark erhöhen lässt. Ansonsten wäre allenfalls eine Kontingentierung ins Auge zu fassen, vgl. die Stellungnahmen zu dieser Massnahme in NZZ v. 25. November 1982, S. 35 und v. 17. Februar 1986, S. 17.

⁴²⁹ Die Aufhebung der Grenzzone bedeutet nicht die Einführung einer Zulassungsgarantie. Es wäre weiterhin aufgrund der allgemeinen, v. a. der arbeitsmarktlichen Zulassungskriterien über die Bewilligungserteilung zu befinden.

⁴³⁰ Vgl. zum früheren Zustand Weber S. 46 ff. Es ist auf die neueste Entwicklung im Bereich der Bahn hinzuweisen, wonach Geschwindigkeiten bis zu 300 km/h angestrebt werden.

passt werden.

3.2.1.4. Die massgeblichen Grenzzonen in den einzelnen Gebieten

Da für die Bestimmung der Grenzzonen auf die Abkommen mit unseren Nachbarstaaten verwiesen wird und diese nicht unbedingt miteinander übereinstimmen⁴³¹, können sich schon daher erhebliche Unterschiede in der Zulassungspraxis der Kantone ergeben. Im folgenden sollen die in den abgeschlossenen Staatsverträgen massgeblichen Grenzzonen dargelegt werden. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass sich die kantonale Praxis zum Teil nicht an diese Vorgaben hält, indem sie diese nicht voll ausnützt⁴³² oder weitere Gebiete berücksichtigt⁴³³. Die Nichtausschöpfung der zulässigen Grenzzonen durch die Kantone ist unproblematisch, da die Bundesvorschriften die Bewilligungserteilung nur begrenzen, hingegen die Kantone grundsätzlich nicht zur Abgabe von Bewilligungen zwingen. Hingegen stellt die Ausweitung der zugelassenen Grenzzone eine Verletzung von Bundesrecht dar, der die Aufsichtsbehörde eigentlich entgegenzutreten müsste.

3.2.1.4.1. Die Grenzzone an der deutschen Grenze

In Art. 1 Abs. 2 des Abkommens über den kleinen Grenzverkehr von 1970 unter Berücksichtigung des Briefwechsels von

⁴³¹ Vgl. BIGA, 1986, S. 63. Bei einer geographischen Umschreibung ergibt sich dies zwingend aus der Natur der Sache.

⁴³² Vgl. die Untersuchung bei Paetzold, Grenzgänger, S. 2 ff., insbesondere die Situation im Kanton Appenzell-Ausserrhodon.

⁴³³ So die Praxis der Kantone Genf und Tessin, vgl. Ricq S. 397. Die von den Tessiner Behörden tendenziell eher ausdehnende Praxis wurde nach Auskunft der lokalen Behörden jedoch im Oktober 1979 daraufhin eingeschränkt, dass in der "Zona delle Tre Valli" (Leventina, Blenio und Riviera) keine Bewilligungen mehr erteilt wurden.

1975⁴³⁴ sind diejenigen Oertlichkeiten aufgeführt, die der jeweiligen Grenzzone zugerechnet werden⁴³⁵.

Die schweizerische Grenzzone umfasst:

"Die Kantone Basel-Stadt, Basel-Land, Solothurn, vom Kanton Bern die Bezirke Laufen, Delsberg, Münster und Wangen, der Kanton Aargau ohne den Bezirk Muri, der Kanton Zürich ohne die Bezirke Affoltern und Horgen, die Kantone Schaffhausen, Thurgau, St. Gallen, Appenzell I.-Rh., Appenzell A.-Rh."

Die deutsche Grenzzone umfasst:

"Der Stadtkreis Freiburg i. Br., die kreisfreie Stadt Kempten (Allgäu) sowie die Landkreise Breisgau-Hochschwarzwald, Lörrach, Waldshut, Schwarzwald-Baar-Kreis, Konstanz, Bodensee-Kreis, Tuttlingen, Sigmaringen, Biberach, Ravensburg, Lindau (Bodensee) und Oberallgäu."

3.2.1.4.2. Die Grenzzone an der französischen Grenze

Die speziell den Grenzgänger betreffende Vereinbarung von 1958⁴³⁶ verweist in Art. 2 auf das Grenzverkehrsabkommen von 1946. Dieses bestimmt in Art. 5 Abs. 1 und 2⁴³⁷:

"Die Grenzzone...hat eine Breite von 10 km auf beiden Seiten der Grenze; sie wird auch die Gemeinden der Freizone des Pays de Gex und Hochsavoyens einschliessen."

⁴³⁴ Siehe hinten Abschnitt 2.4.3.2., S. 73.

⁴³⁵ Es handelt sich also um eine rein geographische Umschreibung, deren Ausmass etwa einer Breite von 60 km entspricht, vgl. Härle S. 136.

⁴³⁶ Vgl. die näheren Angaben über die erwähnten Staatsverträge hinten Abschnitt 2.4.3.3., S. 74.

⁴³⁷ Diese Regelung entspricht derjenigen von Art. 1 der Uebereinkunft von 1938.

Ihre Ausdehnung wird durch die französische und die schweizerische beteiligte Zentralbehörde in gegenseitigem Einverständnis durch Aufzählung der zur Zone gehörigen Gemeinden bestimmt."

Hier wird also eine grundsätzliche Kilometerdistanz vorgegeben, in deren Rahmen die Behörden eine geographische Umschreibung vornehmen⁴³⁸.

3.2.1.4.3. Die Grenzzone an der italienischen Grenze

Sowohl in Art. 5 der Absprache von 1928, als auch in Art. 1 Abs. 1 bis 3 des Abkommens von 1953⁴³⁹ sind voneinander abweichende Bestimmungen zur Grenzzone enthalten⁴⁴⁰. Es stellt sich daher die Frage, auf welchen Vertrag die innerstaatliche Rechtsordnung abstellt. Beide Verträge ziehen zwar Personen, die sich "in Ausübung ihrer gewöhnlichen Tätigkeit öfters in die gegenüberliegende Grenzzone begeben" mit ein⁴⁴¹, doch ist der Vertrag von 1953 hauptsächlich im abgabenrechtlichen Bereich anzusiedeln, während die Absprache von 1928 speziell den kleinen Grenzverkehr betrifft⁴⁴² und daher gemäss dem Grundsatz der Spezialität Vorrang hätte⁴⁴³.

Da diesen Verträgen aber in bezug auf die Zulassung von Grenzgängern keine verpflichtende Wirkung zukommt⁴⁴⁴ und es daher

⁴³⁸ Vgl. für den genferischen Raum die im Anhang des F-Abk. 1959 aufgeführten Gemeinden (AS 1961, 23 ff.).

⁴³⁹ Zur Quellenangabe siehe hinten Abschnitt 2.4.3.5., S. 76.

⁴⁴⁰ So ist im Vertrag von 1953 eine Grenzzone von 10 km, in demjenigen von 1928 eine solche von 20 km vorgesehen.

⁴⁴¹ Art. 1 Abs. 4 des Vertrages von 1953; Art. 5 des Abkommens von 1928.

⁴⁴² BBl. 1978 II 201; Moser, Ausländer, S. 405 N 163.

⁴⁴³ So das BIGA und die zuständigen Behörden des Kantons Tessin, die zur Bestimmung der Grenzzone vom Vertrag von 1928 ausgehen; vgl. BIGA, 1986, S. 63; Foglio ufficiale del cantone Ticino 1983 Nr. 14.

⁴⁴⁴ Art. 15 des Vertrages von 1928 enthält diesbezüglich einen klaren Vorbehalt zu Gunsten des Landesrechtes.

um die Anwendung von Landesrecht geht, ist dieses Auslegungsergebnis nicht zwingend. Vielmehr kann es möglich sein, dass der Verweis in Art. 23 BVO einen bestimmten Vertrag anvisiert. Unter diesem Aspekt ist aber eher auf die Anwendbarkeit des jüngeren Vertrages von 1953 zu schliessen. Im Gegensatz zum Vertrag von 1928 ist dieser von der Bundesversammlung genehmigt und veröffentlicht worden, so dass nur ihm innerstaatliche Wirksamkeit und die im allgemeinen für die Rechtssetzungsakte geforderte Publizität zukommt. Ausserdem regelt er im zum Vertrag gehörenden Anhang I die Ausdehnung der Grenzzone in viel ausführlicherer Weise und steht darüber hinaus den Grenzzonenbestimmungen mit den anderen Ländern näher. Es stellt sich sogar die Frage, ob und inwieweit man die "Verwaltungsabrede" von 1928 heute noch anwendet oder ob nicht sogar einzelne Bestimmungen als stillschweigend aufgehoben zu betrachten sind⁴⁴⁵. Daher ist für die Bestimmung der Grenzzone im Verhältnis mit Italien von folgendem in Art. 1 Abs. 1 bis 3 des Vertrages von 1953 festgesetzten Grenzzonenbegriff auszugehen:

"Als 'Grenzzone' im Sinne des gegenwärtigen Abkommens sind die zwei Gebietsstreifen beidseitig der gemeinsamen Grenze zu betrachten.

Die Ausdehnung jeder der genannten Zonen beträgt ungefähr 10 km vorbehaltlich der durch örtliche Verhältnisse bedingten Abweichungen, in welchen Fällen die Zonenausdehnung von den beiden vertragschliessenden Staaten auch über 10 km hinaus festgesetzt werden kann.

Die Verzeichnisse der Gemeinden oder Gemeindefraktionen, die in den genannten Zonen eingeschlossen sind, befinden sich im Anhang I."

⁴⁴⁵ Vgl. insbesondere die in Art. 10 vorgenommene Gebührenerhebung.

Der Vertrag sieht also eine Kilometerdistanz vor, die durch ein geographisches Verzeichnis im Anhang des massgeblichen Staatsvertrages sowie gewisser örtlich bedingter Absprachen ergänzt wird.

3.2.1.4.4. Die Grenzzone an der österreichischen Grenze

Sowohl im Vertrag von 1947 als auch in demjenigen von 1973¹¹⁶ finden sich in Art. 1 Regelungen über die Grenzzone. Aufgrund des Grundsatzes der Spezialität¹¹⁷, des Vorranges jüngerer Verträge und der ausführlichen Regelung ist für die Bestimmung der Grenzzone jedoch allein der Vertrag von 1973 massgebend. Dieser legt in Art. 1 Abs. 2 folgende Grenzzonen fest:

Die schweizerische Grenzzone umfasst:

"Die Kantone St. Gallen, Appenzell A.-Rh., Appenzell I.-Rh., Thurgau, vom Kanton Graubünden die Bezirke Plessur, Imboden, Ober- und Unterlandquart sowie das Engadin, das Münstertal und die Gemeinde Samnaun"

Die österreichische Grenzzone umfasst:

"das Land Vorarlberg und der politische Bezirk Landeck."

Die Regelung entspricht in ihrer Art der im Abkommen mit Deutschland vorgenommenen geographischen Grenzzonenbestimmung.

¹¹⁶ Zur Quellenangabe siehe hinten Abschnitt 2.4.3.6., S. 80.

¹¹⁷ Während der Vertrag von 1947 hauptsächlich Zollbestimmungen enthält, befasst sich der Vertrag von 1973 ausdrücklich mit dem kleinen Grenzverkehr, ohne allerdings bindende Vorschriften zur Zulassung aufzuführen.

3.2.1.5. Der Sonderfall Liechtenstein

Liechtensteinische Grenzgänger sind aufgrund von Art. 2 Abs. 2 der Vereinbarung von 1963⁴⁴⁸ von der Anmeldepflicht wie auch von der fremdenpolizeilichen Bewilligungspflicht dispensiert⁴⁴⁹. Die einzige an sie gestellte Anforderung besteht darin, dass sie die Nacht regelmässig an ihrem liechtensteinischen Wohnsitz zu verbringen haben. Aus diesem Grund entfallen auch besondere Abmachungen über die Grenzzone.

Soweit eine Zulassung anderer Staatsangehöriger aus dem Fürstentum Liechtenstein überhaupt in Betracht gezogen werden kann⁴⁵⁰, stellt sich aber trotzdem die Frage der Grenzzone, da die staatsvertraglichen Vorzugsbestimmungen nur den liechtensteinischen Bürgern zugute kommen. Die dem Drittausländer von den Behörden des Fürstentums Liechtenstein erteilte Aufenthaltserlaubnis hat gemäss Art. 2 lit. a der Vereinbarung über Drittausländer von 1963 nur innerhalb der Landesgrenzen Gültigkeit. Will sich ein Drittausländer als Grenzgänger in der Schweiz betätigen, so untersteht er demzufolge den allgemeinen für Grenzgänger geltenden Zulassungsbestimmungen⁴⁵¹. Bezüglich der Grenzzone besteht zwischen den beiden Ländern aber keine Regelung. Aufgrund der geographischen Situation scheint es deshalb angebracht, das ganze Gebiet des Fürstentums Liechtenstein als liechtensteinische Grenzzone anzusehen und schweizerischerseits von der Regelung mit Oesterreich auszugehen.

⁴⁴⁸ Zur Quellenangabe der hier angeführten Staatsverträge siehe hinten Abschnitt 2.4.3.4., S. 75.

⁴⁴⁹ Vorbehalten bleiben gemäss Art. 2 Abs. 2 letzter Satz jedoch Gewerbebewilligungen und ähnliche Ermächtigungen zur Berufsausübung.

⁴⁵⁰ Vgl. vorne Abschnitt 3.2.3., S. 102.

⁴⁵¹ Vgl. Art. 8 der Vereinbarung über Drittausländer. Da er aber gemäss Art. 10 nicht gleichzeitig in beiden Staaten eine Bewilligung erlangen kann, wird ihm keine selbständige Grenzgängerbewilligung erteilt. Er erhält vielmehr eine Nebenbewilligung (Einverständnis) im Sinne von Art. 14 Abs. 5 und 6 ANAV, bei deren Erteilung die allgemein für Grenzgänger geltenden Vorschriften zu beachten sind.

3.2.2. Das Grenzgängermotiv, insbesondere die Pendlereigenschaft

Im Gegensatz zu anderen sich in der Schweiz aufhaltenden Ausländern muss sich der Grenzgänger bei der Gesuchstellung darüber im klaren sein, dass er grundsätzlich täglich⁴⁵² an seinen Wohnsitz in der benachbarten Grenzzone zurückzukehren hat. Widerstrebt ihm diese Pendlertätigkeit oder liegt seinem Gesuch ein davon abweichendes Motiv zu Grunde, sei es, dass ein darüber hinausgehender Aufenthalt, sei es, dass eine spätere Niederlassung angestrebt wird, so kommt keine Grenzgängerbewilligung in Frage⁴⁵³. Gemäss Art. 10 Abs. 3 ANAV ist er an die von ihm im Bewilligungsverfahren abgegebenen Erklärungen gebunden. Dem Grenzgänger kann daher die Zeit seines bisherigen Aufenthaltes nicht zur Berechnung der Niederlassungsfrist angerechnet werden, und er kann des weitern aus seiner bisherigen Tätigkeit in der Schweiz auch keine Vorzugsstellung gegenüber anderen Gesuchstellern geltend machen, wenn er später einmal um eine andere Bewilligung nachsucht⁴⁵⁴.

3.2.3. Die Staatsangehörigkeit

Aus den Bestimmungen des ANAG ergeben sich keine Angaben über die Staatsangehörigkeit der Gesuchsteller. Es wäre von daher grundsätzlich möglich, dass ein Drittausländer als Grenzgänger in der Schweiz zugelassen wird⁴⁵⁵. Ausgehend von einem Kreisschrei-

⁴⁵² Vgl. dazu die erläuternden Ausführungen vorne Abschnitt 4.1.2., S. 141.

⁴⁵³ Vgl. dazu Art. 6 Abs. 1 ANAV, wonach "sofort die wirklichen Absichten des Ausländers hinsichtlich des Zweckes und der Dauer seines Aufenthaltes festzustellen" sind.

⁴⁵⁴ Gl. M. Aeschbacher/Hegetschweiler N 1.1.5. Das bisherige Verhalten des Grenzgängers wird sich allerdings innerhalb des zugelassenen pflichtgemässen Ermessens der Behörden niederschlagen.

⁴⁵⁵ Vgl. insbesondere Art. 8 der Vereinbarung mit dem Fürstentum Liechtenstein über Drittausländer.

ben des EJPD vom 6. Mai 1983⁴⁵⁶ an die Polizeidirektionen der Kantone wurde von Art. 8 Abs. 3 BVO aber der Grundsatz aufgestellt, dass als Grenzgänger grundsätzlich nur Angehörige aus Nachbarstaaten⁴⁵⁷ in Betracht gezogen werden können. Diese Anordnung ist in mehrfacher Hinsicht als fragwürdig anzusehen.

In formeller Hinsicht ist zunächst einmal hervorzuheben, dass die Staatsangehörigkeit kein den gesetzlichen Bestimmungen zu Grunde liegendes Kriterium darstellt. Die Beschränkung der Zulassung von Grenzgängern auf Angehörige unserer Nachbarstaaten ist aber als eine derart einschränkende und die Rechtsstellung des Einzelnen wesentlich beeinflussende Regelung zu betrachten, dass sie in einem formellen Gesetz vorzunehmen wäre⁴⁵⁸.

Diese Bestimmung vermag aber auch sachlich nicht zu überzeugen. Aus den dem Kreisschreiben beigefügten Erläuterungen geht hervor, dass mit dieser Vorgabe der geringen Eingliederungsmöglichkeit von Ausländern anderer Kulturbereiche Rechnung getragen werden soll⁴⁵⁹. Gerade diese Argumentation ist für die Regelung der Grenzgängerzulassung nur beschränkt brauchbar, weil diese gar keine eigentliche Eingliederung⁴⁶⁰ anstreben. Ohne Relevanz für die

⁴⁵⁶ Vgl. BFA-Weisungen Ziff. 123 (heute aufgehoben); Wüthrich N 62.

⁴⁵⁷ Nicht zuzulassen wäre demgemäss z. B. ein Belgier, der in Deutschland wohnt; dagegen bliebe ein in Deutschland wohnhafter Franzose von einer Grenzgängerbewilligung nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

⁴⁵⁸ Die Festlegung einer solchen Einschränkung in einer Verordnung des Bundesrates erscheint daher formell zweifelhaft, lässt sich diese Vorschrift doch nur schwerlich als blosse Präzisierung von Art. 16 Abs. 1 ANAG ansehen. Vor der Revision der BVO von 1986 fand sich die Regelung sogar einzig in einem Kreisschreiben. Mit der Aufstellung einer derartigen Norm ausserhalb des Rechtsetzungsverfahrens wurde aber die Richtlinienkompetenz klar überschritten.

⁴⁵⁹ Vgl. dazu auch BBl. 1967 II 101; Bericht SK S. 121 sowie S. 182 f. zum Nebeneffekt dieser Vorschrift, das Angebot ausländischer Arbeitskräfte einzuschränken; BIGA, 1986, S. 10; Wüthrich N 41.

⁴⁶⁰ Die "Eingliederung" in den schweizerischen Arbeitsmarkt stellt dabei nicht die gleich hohen Anforderungen und birgt nicht die selben Konsequenzen wie diejenige in die Wohnbevölkerung. Deshalb bestehen die Schwierigkeiten eher im Wohnsitzstaat, vgl. Ricq S. 144; allgemein zur Eingliederung der

Grenzgänger ist auch der mit dieser Vorschrift verfolgte Zweck, die Einreise der durchschnittlich zwei bis drei Mal grösseren Zahl von Familienangehörigen der Ausländer aus nicht traditionellen Rekrutierungsgebieten⁴⁶¹ entgegenzuwirken, da dem Grenzgänger kein Familiennachzug⁴⁶² gestattet ist. Aber selbst wenn man den Gedanken der Eingliederung auch auf Grenzgänger ausdehnt, erscheint es falsch, die Nationalität als grundlegendes Kriterium anzusehen. Gerade in dieser Beziehung ist es notwendig, den rechtsanwendenden Behörden im Einzelfall einen weiten Beurteilungsspielraum zu belassen, da sich die Anpassungsfähigkeit des Ausländers nicht durch den Rückschluss aus der Nationalität ergründen lässt. "Das Kriterium der Staatsangehörigkeit ist als solches zu formal"⁴⁶³. In diesem Sinne wie auch gemäss dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit⁴⁶⁴ müsste eine Vorschrift eher dahingehend lauten, dass die Eingliederungsmöglichkeit des Ausländers bei der Erteilung einer (Grenzgänger)bewilligung anhand verschiedener Kriterien zu berücksichtigen sei⁴⁶⁵. Aber auch unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit ist diese Regelung abzulehnen, wird doch damit eine Unterscheidung vorgenommen, die sich selbst als reine Grundsatzregelung nicht rechtfertigen lässt⁴⁶⁶.

Grenzgänger in den Arbeitsprozess Ricq S. 333, 383 ff.

⁴⁶¹ Vgl. EJPD/EVD S. 9.

⁴⁶² Vgl. allgemein zum Familiennachzug Kammermann, Familienachzug; Kottusch, Scheinehen, S. 430 f.

⁴⁶³ So Bernsdorff S. 96; vgl. dazu auch Hofstetter S. 156 f.; Kleemann S. 15.

⁴⁶⁴ Der grundsätzliche Ausschluss von Drittausländern muss im Hinblick auf das zu erreichende Ziel als zu weitgehend angesehen werden.

⁴⁶⁵ Anhaltspunkte dafür gäben etwa Sprachkenntnisse, der Nachweis früheren Aufenthalts oder die bisherige Aufenthaltsdauer und Assimilierung im Nachbarstaat; gl. M. Pfanner S. 131; in diesem Sinne auch BIGA, 1986, S. 10. Mit der getroffenen Bestimmung wurde dagegen aus Bequemlichkeitsgründen eine unsachgemässe Regelung getroffen, vgl. zu einem solchen Vorgehen Stampfli S. 179.

⁴⁶⁶ Dies trifft v. a. auf Drittausländer zu, die sich schon während längerer Zeit im Grenzgebiet aufhalten und sich daher in der gleichen Lage befinden, wie die Staatsangehörigen der Grenzzone. Es sei an dieser Stelle offen gelassen, ob sich diese Regelung mit dem im Völkerrecht vorherrschenden Verbot der Rassendiskriminierung vereinbaren lässt, vgl. dazu das im Auftrage des Eidgenössischen Politischen Departemen-

Die grundsätzliche Begrenzung auf die Staatsangehörigen des Nachbarstaates stellt damit eine dem Grenzgängerstatus nicht entsprechende Vorschrift dar. Sie ist darüber hinaus in ihrer Generalität unverhältnismässig, wenn nicht gar sachlich ungerechtfertigt, und stellt zudem auch den Grundsatz der Gleichbehandlung der Ausländer in Frage. In der kantonalen Praxis wurde dieser Bestimmung denn bisher auch in unterschiedlicher Weise nachgekommen⁴⁶⁷.

3.3. Die allgemeinen Voraussetzungen der Zulassung

3.3.1. Die Entscheidungsgrundlagen der Behörden

Bei den bis anhin dargestellten Voraussetzungen ging es lediglich um die Frage, ob einem Ausländer der besondere Typus der Grenzgänerbewilligung abgegeben werden könne. Ist dies zu bejahen, so muss darüber hinaus geprüft werden, ob die allgemein für Ausländer geltenden Zulassungsvoraussetzungen, soweit sie gegenüber dem Grenzgänger anwendbar sind, vorliegen.

Bei der Entscheidung über die Erteilung einer Anwesenheitsbewilligung steht den Behörden gemäss Art. 4 ANAG ein weiter "freier Ermessensspielraum"⁴⁶⁸ offen. Bei dessen Ausfüllung haben sie sich

tes von Prof. D. Schindler erstellte Gutachten vom 12. Januar 1973, S. 10 (unveröffentlicht); Pfanner S. 14 N 6, 61 N 46. Wesentlich erscheint auch, dass im verworfenen Ausländergesetz keine derartige Beschränkung vorgesehen war.

⁴⁶⁷ Während z. B. in den Kantonen Jura und Appenzell Auser rhoden keine Dritt ausländer zugelassen werden, können diese im Kanton Wallis ungeachtet ihrer Nationalität, im Kanton Thurgau nach einem Mindestaufenthalt im Ausland von 15 Jahren oder, sofern ihr Ehepartner deutscher Staatsangehörigkeit ist, nach 12 Jahren eine Grenz gänger bewilligung erhalten. Einige Kantone, so z. B. Bern oder Basel-Stadt lassen Dritt ausländer im Verhältnis zu Deutschland zwar grundsätzlich zu, verlangen aber - entsprechend einem ausländischen Begehren - von der zuständigen Behörde des Nachbarstaates eine entsprechende Zustimmungserklärung.

⁴⁶⁸ Vgl. zu diesem terminologisch besser als "pflichtgemässes Ermessen" zu bezeichnenden Begriff im allgemeinen BGE 108 Ib

jedoch nicht nur an die in Art. 4 ANAG vorgesehenen gesetzlichen und staatsvertraglichen Bestimmungen bzw. deren Zielvorstellungen zu halten⁴⁶⁹, sondern ihr Handeln muss auch den allgemeinen Grundsätzen einer rechtsstaatlichen Rechtsordnung⁴⁷⁰ entsprechen. Aber auch die Vielzahl der im Fremdenrecht verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe⁴⁷¹ belassen den Behörden einen gewissen Entscheidungsfreiraum. Die Differenzierung zwischen "pflichtgemäßem Ermessen" und "unbestimmten Rechtsbegriffen" mutet denn auch äusserst problematisch an⁴⁷². Mit der vermehrten Zulassung eines behördlichen Beurteilungsspielraumes bei unbestimmten Rechtsbegriffen einerseits⁴⁷³ und einer im Hinblick auf Ermessensfehler verstärkten Rechtskontrolle andererseits nähern sich diese Begriffe immer

421; 107 Ia 204; 104 Ib 112/3; EuGRZ 1985, S. 64, Ziff. 22; VPB 78, Nr. 56, S. 239; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 312; Macheret, Immigration, S. 63 ff.; Marti, HGF, S. 146 ff.; Mengele N D54 ff.; Rhinow, Ermessen, S. 48 f.; Ruth N 24; Vallender S. 80; so auch schon Sträuli, S. 20; zur Gegenüberstellung von Rechtsstaat und Ermessen Lendi, Ermessen, S. 39 ff.; kritisch zu dieser Ermessensfreiheit Pfanner S. 68, 93 ff.

⁴⁶⁹ Vgl. Moser, Ausländer, S. 411, wonach Art. 4 ANAG "im Lichte der Ziele, welche die Art. 69 ter und 70 BV dem Fremdenpolizeirecht des Bundes setzen" zu verstehen ist. Zum Verbot der Berücksichtigung privater Interessen Macheret, Immigration, S. 18.

⁴⁷⁰ Dazu gehören etwa Verfassungsgrundsätze wie das Willkürverbot, das rechtliche Gehör, der Grundsatz von Treu und Glauben, das Verhältnismässigkeitsprinzip, die Rechtsgleichheit, die Beachtung der Grundrechte sowie die Grundsätze des allgemeinen Polizeirechtes, vgl. BGE 93 I 3 Erw. 1a; Macheret, Immigration, S. 66 f.; Marti, HGF, S. 151; Moser, Ausländer, S. 373 ff., 398, 414; Thürer, Landesbericht, S. 44. Pfanner (S. 13) bezieht darin auch die unverbindlichen Regeln des Völkerrechtes mit ein.

⁴⁷¹ Diese werden in der h. L. dadurch vom pflichtgemässen Ermessen unterschieden, dass für sie nur eine richtige Auslegung möglich ist, während die Ermessenseinräumung verschiedene Lösungsmöglichkeiten offenlässt; vgl. Bertossa S. 17 ff. m. w. H., der selbst den Hauptunterschied aber darin sieht, dass sich der Freiraum der Behörden beim Ermessen aus der fehlenden Prüfungszuständigkeit, im Falle des unbestimmten Rechtsbegriffes jedoch aus der Prüfungsunfähigkeit des Richters ergibt (S. 90); Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 305; Grisel, Traité I, S. 169; Hofstetter S. 196; Meyer S. 414 ff.

⁴⁷² In der Schweiz wurde der Ermessensbegriff jahrzehntelang auch für die Anwendung der unbestimmten Gesetzesbegriffe verwendet, vgl. Rhinow, Methodik, S. 61.

⁴⁷³ Vgl. BGE 108 Ib 421 Erw. 2b; Hofstetter S. 35.

mehr⁴⁷⁴. Zumindest in ihrer praktischen Auswirkung⁴⁷⁵ auf die Rechtsadressaten scheint die Unterscheidung allenfalls darin zu liegen, dass der gesetzgeberische Gedanke bei den unbestimmten Rechtsbegriffen konkreter ausgestaltet ist⁴⁷⁶.

Da die Fremdenrechtsgesetzgebung sowohl durch eine weitgefasste Ermessenseinräumung als auch durch die Häufigkeit von unbestimmten Rechtsbegriffen geprägt ist, muss die den Behörden im Bereich der Zulassung von Ausländern eingeräumte Befugnis als ausserordentlich gross bezeichnet werden⁴⁷⁷. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass in den gesetzlichen Bestimmungen und Ausführungsvorschriften in Uebereinstimmung mit den Grundgedanken des Verfassungsgebers die wesentlichen zu beachtenden Entscheidungsgrundlagen aufgeführt werden. Demgemäss sind bei der Zulassung den geistigen und wirtschaftlichen Interessen, dem Grad der Ueberfremdung und den sicherheitspolizeilichen Aspekten Rechnung zu tragen⁴⁷⁸. Dagegen bleiben zumindest bei der erstmaligen Zulassung die Interessen der Ausländer, im Gegensatz etwa zur Asylpolitik, grundsätzlich ohne Belang⁴⁷⁹. Die Behörden sind in ihrer Zulassungspraxis hingegen dann erheblich eingeschränkt, wenn dem Ausländer ein Bewilligungsanspruch⁴⁸⁰ zusteht. In diesen Fällen kann die Zulassung zumeist nur unter aussergewöhnlichen arbeitsmarktlichen Umständen oder aufgrund der persönlichen Situation, wobei diesbezüglich die Regeln über den Widerruf oder die Ausweisung Anwendung finden⁴⁸¹, verweigert werden.

⁴⁷⁴ Vgl. Bertossa S. 60; Meyer S. 418; Imboden/Rhinow Nr. 66 B II d; Steinmann S. 57 f. m. w. H.

⁴⁷⁵ Vgl. dazu Bertossa S. 91.

⁴⁷⁶ A. M. Steinmann S. 58 f.

⁴⁷⁷ Kritisch zu einer derartigen Rechtsetzung Eriksson S. 155, 160; Hofstetter S. 15 ff.; Macheret, Immigration, S. 27; ders., Législation, S. 275; Pfanner S. 93 ff., der von einem "Gnadenakt" spricht; Thüner, Landesbericht, S. 43 f.

⁴⁷⁸ Art. 16 ANAG; Art. 8 Abs. 1 ANAV. Dies muss zweifelsohne auch für den Grenzgänger gelten, gl. M. Ruth N 69.

⁴⁷⁹ Vgl. Fehr Ziff. 1.121; Pfanner S. 106, 233.

⁴⁸⁰ Zum Begriff des Rechtsanspruches BGE 110 Ib 300.

⁴⁸¹ Vgl. BGE 101 Ib 227 Erw. 3 b; 98 Ib 467 Erw. 2; 97 I 535 Erw. 2a; Eriksson S. 180; Wertenschlag S. 351 N 25.

Es wird im folgenden darzulegen sein, inwiefern die allgemeinen Bestimmungen für den Grenzgänger anwendbar sind und welche Konsequenzen sich daraus ergeben.

3.3.2. Die geistigen und wirtschaftlichen Interessen

Die geschichtliche Entwicklung in der Schweiz hat gezeigt, dass die Anwesenheit von Ausländern auf die kulturelle und wirtschaftliche Entwicklung unseres Landes einen durchaus fruchtbaren Einfluss ausgeübt hat⁴⁸². Es kann deshalb nicht Ziel der schweizerischen Ausländerpolitik sein, die Schweiz vom Ausland abzuschliessen⁴⁸³. Im Hinblick auf die geistigen Interessen ist deshalb dafür Sorge zu tragen, dass der Kulturaustausch, sei es auf künstlerischer, sei es auf wissenschaftlicher Ebene, weiterhin stattfinden kann⁴⁸⁴. Die geistigen Interessen spielen jedoch bei der Grenzgängerproblematik aufgrund der primär wirtschaftlichen Interessenslage eine untergeordnete Rolle, weshalb auf eine weitere Darlegung verzichtet wird.

Eine sachgerechte Zulassungspolitik hat aber auch die mannigfaltigen Auswirkungen zu berücksichtigen, die sich aufgrund der Anwesenheit der Ausländer in der Schweiz in bezug auf die marktwirtschaftlichen Verhältnisse ergeben. Auswirkungen können dabei sowohl auf der Angebots- wie auf der Nachfrageseite resultieren. So

⁴⁸² Vgl. Bickel S. 107 f.; Bericht SK S. 80; Moser, Ausländer, S. 415 f., der auch auf die von der Schweiz zu verfolgenden humanitären Interessen hinweist.

⁴⁸³ Eine generelle Ausschliessung von Fremden würde zudem dem Völkergewohnheitsrecht zuwiderlaufen, vgl. Huber, Grundrechte, S. 121; Macheret, Immigration, S. 17; Pfanner S. 8 m. w. H.; Ruth N 22; Strupp/Schlochauer, Bd. 1, S. 566; Ziegler S. 75 ff. Zu den ausländerpolitischen Grundpositionen in anderen europäischen Immigrationsländern vgl. Körner/Mehrländer S. 19 ff.

⁴⁸⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang die Sonderbestimmungen für Künstler in Art. 13 lit. c BVÖ.

kann einerseits die Produktion durch besseres Fachwissen⁴⁸⁵ und durch eine erhöhte Zahl ausländischer Arbeitskräfte qualitativ und quantitativ gesteigert werden⁴⁸⁶, während andererseits eine Vergrößerung der Wohnbevölkerung auch den Konsumbedarf ansteigen lässt⁴⁸⁷. Dabei ist stets zu beachten, dass das gesamtschweizerische Wohl entscheidend ist und nicht das Interesse einzelner Gebiete oder Branchen⁴⁸⁸.

Die hier aufgeführten wirtschaftlichen Interessen gelten für die Grenzgänger aber nur in beschränktem Masse. Während die von ihnen erbrachten Arbeitsleistungen zweifellos einen bedeutsamen Faktor in der Produktion darstellen, ist ihr privater Konsum im Verhältnis der sonstigen Grenznachfrage⁴⁸⁹ wie auch die Belastung der Infrastruktur, v. a. auf dem Wohnungsmarkt, als gering einzustufen⁴⁹⁰. Im Vordergrund der wirtschaftlichen Betrachtungsweise und für den Grenzgänger von grösster Bedeutung ist daher die Berücksichtigung

⁴⁸⁵ Vgl. dazu die in Art. 15 Abs. 2 BVO vorgesehene Möglichkeit der Erteilung von zusätzlichen BIGA-Kontingenten.

⁴⁸⁶ Zu den Selektionstheorien vgl. Kleemann S. 55 ff. Nicht zu unterschätzen ist aber die Gefahr, dass dadurch eine gewisse Abhängigkeit vom Ausland bzw. deren Arbeitskräfte entstehen kann und ev. darüber hinaus die Ausbildung (junger) einheimischer Fachkräfte vernachlässigt wird, vgl. Bericht SK S. 99, 131; Huber, Arbeitskräfte, S. 21, 52 ff.; Ziegler S. 224. Zur besseren Erschliessung einheimischer Arbeitskräfte v. a. von Pensionierten vgl. Bericht SK S. 118.

⁴⁸⁷ Vgl. zu den Zusammenhängen zwischen der Zulassung ausländischer Arbeitskräfte und deren Auswirkungen auf die konjunkturelle Entwicklung in der Schweiz Bericht SK S. 80, 88 ff.; Huber, Arbeitskräfte, S. 42 ff., 114 ff.; Kleemann S. 77 ff.; Niederberger S. 116 N 56; Ziegler S. 222 ff.

⁴⁸⁸ Die wirtschaftspolitische Komponente in der Fremdenrechtsgesetzgebung ist denn auch kaum zu bezweifeln, vgl. BBl. 1979 III 611; Bericht SK S. 175; Eriksson S. 152; Hofstetter S. 15; Moser, Ausländer, S. 370 ff.; Niederberger S. 63 f.; Pfanner S. 105/6; Ruth N 39; Wüthrich N 21; anders noch VPB 1955 Nr. 99 S. 197; Marti, HGF, S. 3. Zum Verhältnis Fremdenrecht - Wirtschaftspolitik, insbesondere zur Strukturpolitik, vgl. Bericht SK S. 114, 177 ff.; Hofstetter S. 27 f.; Huber, Arbeitskräfte, S. 54; Macheret, Immigration, S. 54; Marti, HGF, S. 149; Moser, Ausländer, S. 373, 377, 411; Niederberger S. 62, 92. Zum Verhältnis Konjunktur- und Strukturpolitik bezüglich Art. 31 quinquies BV vgl. BBl. 1976 III 692.

⁴⁸⁹ Vgl. Gnehm S. 34 f.; Mohr S. 160; über die Marktsituation im allgemeinen Bericht SK S. 100 ff.

⁴⁹⁰ Vgl. hiezu BBl. 1965 I 252; Bericht SK S. 176; Mohr S. 173.

der Lage auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt⁴⁹¹. Dieses Zulassungskriterium, das in Art. 8 Abs. 1 ANAV explizit erwähnt ist, wird durch Art. 7 BVO näher ausgeführt. Daraus geht hervor, dass eine erstmalige⁴⁹² Anwesenheitserlaubnis zu Erwerbszwecken grundsätzlich nur dann erteilt werden darf, wenn auf dem einheimischen Arbeitsmarkt Arbeitskräfte fehlen, bestimmte Lohn- und Arbeitsbedingungen gegeben sind und die Frage der Unterkunft und der Reisekosten geregelt ist.

3.3.2.1. Das Fehlen von Arbeitskräften

Eine erstmalige Grenzgängerbewilligung darf grundsätzlich nicht erteilt werden, wenn auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt⁴⁹³ eine Arbeitskraft gefunden werden kann, die "willens⁴⁹⁴ und fähig⁴⁹⁵" ist, zu den orts- und betriebsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen⁴⁹⁶ die in Frage stehende Arbeit zu leisten⁴⁹⁷. Die Aus-

⁴⁹¹ Dabei erhält dieser Aspekt mit steigender Arbeitslosigkeit ein immer schwereres Gewicht; vgl. BBl. 1978 II 207; Moser, Ausländer, S. 370.

⁴⁹² An dieser Stelle wird nur diese behandelt. Für die Verlängerung sowie für den Stellen-, Berufs- und Kantonswechsel siehe vorne Abschnitt 4.2., S. 142.

⁴⁹³ Es ist also nicht nur das kantonale, sondern das gesamtschweizerische Arbeitskraftspotential zu beachten, vgl. BIGA, 1983, S. 91; Pfanner S. 135. Mit zunehmender Distanz vom Arbeitsort dürften aber die subjektiven Voraussetzungen bei den potentiellen einheimischen Arbeitskräften immer weniger gegeben sein.

⁴⁹⁴ Zu beachten ist hierbei die Bereitschaft der zur Verfügung stehenden Arbeitskräfte. Dem Arbeitgeber ist es nicht zuzumuten, einen Arbeitnehmer zu beschäftigen, dessen mangelndes Interesse an der Arbeit sich in seinen Leistungen auszuwirken droht. Allerdings ist der Nachweis des fehlenden Willens oft schwierig zu erbringen. In Frage käme die Berücksichtigung von Belegen oder Auskünften früherer Arbeitgeber und natürlich die Probezeit.

⁴⁹⁵ Angesprochen ist damit die Möglichkeit des Arbeitnehmers zur Erledigung der anfallenden Arbeit in bezug auf die fachliche Qualifikation oder die geistige und körperliche Gesundheit.

⁴⁹⁶ Vgl. vorne Abschnitt 3.3.2.2., S. 114.

⁴⁹⁷ Art. 7 Abs. 1 BVO; BIGA, 1986, S. 8; StenBull. NR 1983, 254. Diese Regelung wurde aufgrund der Richtlinien des BIGA schon früher befolgt, vgl. Huber, Arbeitskräfte, S. 25 ff.; Weber S. 75.

schöpfung des Arbeitsmarktes bezieht sich dabei primär auf die einheimischen Arbeitskräfte⁴⁹⁸, sekundär aber auch auf andere kontrollpflichtige und bereits in der Schweiz zugelassene und stellensuchende Ausländer⁴⁹⁹. Es obliegt dem Arbeitgeber darzutun, dass er unter diesen Marktteilnehmern keine geeignete Person ausfindig machen konnte. Art. 7 Abs. 4 BVO verlangt vom Arbeitgeber, dass er dazu frühzeitig alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat. Dazu gehören neben der Anmeldung der vakanten Stelle beim lokalen Arbeitsamt⁵⁰⁰ auch die gängigen Mittel der Arbeitnehmersuche, wie z. B. die Ausschreibung in der Fach- und Tagespresse⁵⁰¹ und die Anfrage bei Fachverbänden oder besonderen Arbeitsvermittlungsstellen⁵⁰². Ausserdem ist der Arbeitgeber indirekt dahingehend zu einer weitsichtigen Personalpolitik verpflichtet, als er, soweit dies möglich ist, vor einer allfälligen Bewilligungserteilung dazu veranlasst werden kann, Umschulungen vorzunehmen oder solche

⁴⁹⁸ Dazu zählen gemäss Art. 7 Abs. 2 BVO Schweizerbürger, niedergelassene Ausländer, ausländische Personen, die durch Art. 3 und 4 BVO ausdrücklich von dieser Verordnung nicht berührt werden, sowie ausländische Jugendliche, die mit ihren Eltern in die Schweiz eingereist sind, hier die Schule besucht haben und nun eine Lehre antreten (die sog. 2. Ausländergeneration). Vgl. zum "Vorrang der einheimischen Arbeitskräfte" anlässlich des Stellenwechsels und der Bewilligungsverlängerung die Ausführungen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezüglich des italienisch-schweizerischen Briefwechsels vorne Abschnitt 4.2.5.3., S. 152. Für eine Ausweitung dieser Privilegierung zu Gunsten der seit längerer Zeit in der Schweiz arbeitenden Ausländer plädiert Macheret, *Législation*, S. 277.

⁴⁹⁹ Art. 7 Abs. 3 BVO.

⁵⁰⁰ BIGA, 1986, S. 8. An diese Anmeldung knüpft z. B. im Kanton Zürich das staatliche Arbeitsvermittlungsverfahren an, weshalb nach erfolgter Anmeldung während 14 Tagen keine Ausländerbewilligung für die betreffende Stelle erteilt wird.

⁵⁰¹ BIGA, 1986, S. 9; Pfanner S. 136 N 126. Welche Pressezeugnisse im Einzelfall zu berücksichtigen sind, hängt von den besonderen Umständen, so z. B. von der Person des Arbeitgebers, der Art der Erwerbstätigkeit, der angebotenen Position oder den Örtlichkeiten ab.

⁵⁰² So gibt es neben den öffentlichen Arbeitsämtern höhere Fachschulen, die eine selbständige Arbeitsvermittlung betreiben. Unberücksichtigt können hingegen Temporärarbeitsvermittlungen bleiben. Vgl. BIGA, 1986, S. 9; so schon BIGA, 1983, S. 91, wo auf das in einigen Kantonen eingerichtete Informationssystem für die Arbeitsvermittlung und Arbeitsmarktstatistik (AVAM) sowie auf ein "Verzeichnis der rückkehrwilligen Schweizer aus Nordamerika" hingewiesen wurde.

vornehmen zu lassen⁵⁰³. Erst wenn alle diese Massnahmen nicht innert zumutbarer und angemessener Frist den angestrebten Erfolg zeitigen, kann davon ausgegangen werden, dass auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt keine geeignete Arbeitskraft zu finden ist.

Für die Feststellung der "angemessenen und zumutbaren Frist" muss sowohl auf die persönliche Situation der betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber als auch auf die "besonderen Gegebenheiten des einzelnen Betriebes und der angebotenen Arbeit" abgestellt werden⁵⁰⁴. Massgebendes Kriterium ist dabei die Dringlichkeit unter Berücksichtigung eines allfälligen Arbeitgeberverschuldens⁵⁰⁵. Zu berücksichtigen sind daneben insbesondere schwierig vorhersehbare Ereignisse⁵⁰⁶.

Sofern auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt keine Arbeitskraft gefunden werden kann, kommt den schweizerischen Arbeitgebern in Zusammenarbeit mit den Bewilligungsbehörden die wichtige Aufgabe zu, die Anwerbung geeigneter neuer ausländischer Arbeitnehmer vorzunehmen. Sowohl im Interesse der Ausländer⁵⁰⁷ wie auch der schweizerischen Marktwirtschaft⁵⁰⁸ ist dabei eine sorgfältige Auswahl zu treffen, die dem qualitativen Element einen hohen Stel-

⁵⁰³ Dazu schon BIGA, 1983, S. 92/3. In den neuesten Weisungen des BIGA wird auch auf die Förderung von Frauenarbeit, die Rekrutierung von Jugendlichen und den Einsatz von Behinderten hingewiesen (BIGA, 1986, S. 9). Die Möglichkeit einer Umschulung innert zumutbarer Frist ist dabei abhängig von den für die zu besetzende Stelle geforderten fachlichen Anforderungen. Je höher diese sind, desto geringer ist die Durchführungschance.

⁵⁰⁴ Vgl. BIGA, 1983, S. 92 f.

⁵⁰⁵ So ist dem Geschäftsgefahren des Arbeitgebers Rechnung zu tragen. Zu Beachten sind aber auch die Interessen der Arbeitnehmer oder die Landesinteressen; in diesem Sinne auch BIGA, 1986, S. 82 f.

⁵⁰⁶ Z. B. krankheits- oder unfallbedingte Ausfälle, fristlose Kündigungen oder unerwartet hohe Bestellungseingänge.

⁵⁰⁷ Es ist dem Ausländer nicht gedient, wenn er die in ihn gesetzten Erwartungen nicht zu erfüllen vermag und daher ev. die Stelle nach kurzer Zeit wechseln muss.

⁵⁰⁸ Jeder zugelassene, aber qualitativ ungeeignete Ausländer versperrt unter Umständen einem potentiellen qualitativ höher stehenden ausländischen Gesuchsteller aufgrund des Vorranges bereits anwesender Ausländer den Zugang.

lenwert einzuräumen hat⁵⁰⁹. In diesem Zusammenhang ist auf einen weiteren Aspekt in der schweizerischen Zulassungspolitik hinzuweisen. Wie sich aus der geschichtlichen Entwicklung entnehmen lässt, hat sich der Charakter der ausländischen Erwerbstätigkeit im Laufe der Zeit erheblich gewandelt⁵¹⁰. Gingen die Ausländer in früheren Zeiten eher qualifizierten Arbeiten nach, verschob sich ihre Tätigkeit immer mehr in diejenigen Berufe, welche von Schweizern nicht ausgeübt werden, weil diesen beliebtere Verdienstmöglichkeiten offen stehen⁵¹¹. Diese Tendenz liegt aber wiederum weder im Interesse der Ausländer⁵¹² noch der Schweiz⁵¹³. Aus diesem Grund ist eine Zulassungspolitik auch darauf auszurichten, vermehrt qualifizierte Fachkräfte aus dem Ausland anzuwerben⁵¹⁴.

Unter Berücksichtigung all dieser Elemente obliegt es schliesslich dem pflichtgemässen Ermessen der Behörden, die Umstände des Einzelfalles zu würdigen und zwischen den verschiedenen Interessen einen Ausgleich zu schaffen.

⁵⁰⁹ Vgl. Bericht SK S. 119, 170; Mäder S. 195; Pfanner S. 108; Ruth N 88.

⁵¹⁰ Vgl. Macheret, Immigration, S. 38; Ziegler S. 225; allgemein zur sozialen Herkunft der ausländischen Arbeitskräfte Hofmann-Nowotny, Soziologie, S. 57, 265.

⁵¹¹ Vgl. Bericht SK S. 130; Macheret, Immigration, S. 77; Ricq S. 392.

⁵¹² Diese Entwicklung ist mit einem zunehmenden Imageverlust der Ausländer verbunden, was sich je länger je mehr auf die Lohnstruktur sowie auf ihre gesamte soziale Stellung ungünstig auswirkt.

⁵¹³ Gerade in diesen Branchen verhindert die Möglichkeit der Einstellung ausländischer Arbeitskräfte oftmals die Umstellung auf produktionssteigernde (Rationalisierungs)-Massnahmen, vgl. dazu Bericht SK S. 113 ff.

⁵¹⁴ In diese Richtung weisen auch die neuesten Bestrebungen, den ausländischen Grenzgängern eine bessere Ausbildungsmöglichkeit zur Verfügung zu stellen, vgl. dazu Ricq S. 406; TA vom 18. Oktober 1986, S. 7.

3.3.2.2. Die Lohn- und Arbeitsbedingungen

Bewilligungen dürfen ferner nur erteilt werden, wenn dem Ausländer dieselben orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen wie den Schweizern⁵¹⁵ geboten werden⁵¹⁶. Dies liegt sowohl im Interesse der gesuchstellenden ausländischen Arbeitnehmer, indem dadurch einer diskriminierenden Ungleichbehandlung Vorschub geleistet wird, als auch - mit Blick auf den Arbeitsfrieden - im Interesse der bereits in der Schweiz tätigen Arbeitskräfte, weil ansonsten durch die den Ausländern gebotenen und von diesen akzeptierten schlechteren Lohn- und Arbeitsbedingungen allgemein die Konditionen und damit der Sozialstatus gesenkt würden⁵¹⁷. Dabei bleibt der Wechselkurs zum Wohnsitzstaat unberücksichtigt, was sich für den Grenzgänger sowohl vor-, als auch nachteilig auszuwirken vermag⁵¹⁸.

Massgebend für die Bestimmung der Lohn- und Arbeitsbedingungen sind gemäss Art. 9 Abs. 2 BVO in erster Linie die gesetzlichen Bestimmungen⁵¹⁹ sowie allgemein die für die gleiche Arbeit

⁵¹⁵ Besser wäre hier vom einheimischen Arbeitsmarkt zu sprechen.

⁵¹⁶ Art. 9 Abs. 1 BVO; es ist offensichtlich, dass es sich dabei um eine Minimalvorschrift handelt. Deshalb sind auch darüber hinausgehende Arbeitsbedingungen zulässig. Vgl. allgemein zur privatrechtlichen Wirkung dieses Gleichstellungsgebotes Rapp S. 281 ff., insbesondere auch zur Schwarzarbeit S. 285 ff. Diese Vorschrift findet sich auch in den staatsvertraglichen Vereinbarungen mit Frankreich (Art. 5 des Vertrages von 1946, SR 0.142.113.494) und Italien (Art. 15 Abs. 1 des Vertrages von 1964, SR 0.142.114.548).

⁵¹⁷ Vgl. BGE 109 Ib 244 Erw. 4a; 106 Ib 135 Erw. 4b; Bericht SK S. 72; BIGA, 1986, S. 10; Bois S. 70; EJPD/EVD S. 10; Eriksson S. 156; Niederberger S. 35 ff.; Pfanner S. 167 f.; Rapp S. 284; Ricq S. 392. Allerdings sind branchenbedingt die Löhne der Grenzgänger in gewissen Gebieten tiefer als das Mittel sowohl der betreffenden Region als auch gesamtschweizerisch, vgl. dazu StenBull. NR. 1983, 252; Jeanneret/Meillat S. 83, 88; Biucchi/Gaudard S. 45; dagegen im nordwestschweizerischen Raum Mohr, S. 143 ff., insbesondere S. 154. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass gerade im Sozialbereich der Staat in Widerspruch zu diesem Grundgedanken erhebliche Diskriminierungen zu Lasten der Ausländer vornimmt, vgl. dazu vorne Abschnitt 8., S. 215.

⁵¹⁸ Vgl. zur Währungsproblematik Ricq S. 379 ff.

⁵¹⁹ Im Vordergrund stehen dabei die Vorschriften des öffentlichen Arbeitsrechtes wie z. B. des Arbeitsgesetzes (SR 822.11;

im gleichen Betrieb und in der gleichen Branche⁵²⁰ gewährten Lohn- und Arbeitsbedingungen. Von unterschiedlicher Bedeutung sind Gesamt- und Normalarbeitsverträge⁵²¹, je nachdem, ob diese den aktuellen Stand oder nur Minimalbedingungen festlegen. Mitzuberbücksichtigen sind auch die jährlich stattfindenden Lohn- und Gehaltserhebungen des BIGA, welche die schweizerischen Durchschnittslöhne festhalten⁵²². Massgebende Gehaltsinformationen erhalten die zuständigen Behörden auch von den Berufsverbänden, mit denen eine enge Zusammenarbeit angestrebt wird, oder durch empirische Nachforschungen am Ort⁵²³.

Der Arbeitgeber hat die Einhaltung dieser Bedingungen darzulegen⁵²⁴. Die Fixierung von Mindestlöhnen ist jedoch dort schwierig, wo keine vergleichbaren "einheimischen" Verhältnisse vorliegen und die Löhne praktisch allein vom schweizerischen Stellenangebot und der Nachfrage arbeitssuchender ausländischer Arbeitnehmer bestimmt werden⁵²⁵.

vgl. hiezu die kritischen Bemerkungen bei Pfanner S. 162) sowie die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften. Daneben ist auch eine kantonale Lohnfestsetzung von Mindestansätzen für gewisse Berufsgruppen möglich, vgl. BGE 106 Ib 135 Erw. 4b. Eine bedeutsame Stellung kann auch Art. 4 Abs. 2 BV zukommen, v. a. dann, wenn der Forderung nach gleichem Lohn für gleiche Arbeit zwischen Mann und Frau Drittwirkung, d. h. auch Wirkung zwischen privaten Rechtssubjekten, zuerkannt wird; vgl. dazu Rapp S. 279 f.; kritisch zur Durchsetzung des Arbeitsgesetzes Bois S. 70, 74.

⁵²⁰ Sind die Löhne einheimischer Arbeitskräfte in einem Betrieb niedriger als dies allgemein in der entsprechenden Branche der Fall ist, so ist auf diese abzustellen, da dem gesetzgebenden Gedanken nur die Gleichbehandlung, nicht aber eine Lohnpolitik zu Grunde liegt, gl. M. Rapp S. 280.

⁵²¹ Bericht SK S. 83. Zum Begriff vgl. Rehbinden S. 27/9.

⁵²² BIGA, 1986, S. 11. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die gesamtschweizerischen Durchschnittsverhältnisse stark von einzelnen örtlichen Verhältnissen abweichen können.

⁵²³ Die Behörden sind daher oftmals auf die Auskünfte lokaler Unternehmungen angewiesen, vgl. Hauser, Arbeitskräfte, S. 27.

⁵²⁴ Am geeignetsten hiefür ist ein schriftlicher Arbeitsvertrag oder eine schriftliche Arbeitsvertragsofferte. Es muss daher den Behörden eingeräumt werden, als Beweismittel zumindest eine Arbeitsvertragsofferte verlangen zu können, vgl. Art. 9 Abs. 3 BVO; BIGA, 1986, S. 11; Pfanner S. 167; Rapp S. 280 N 21.

⁵²⁵ Grenzgänger gelten darüber hinaus als "Lohndrücker", weil sie aufgrund der gegenwärtigen günstigen Wechselkurse wie

Obwohl in der BVO nicht festgesetzt⁵²⁶, wird "für eine verhältnismässig kurze Zeit der Anlernung" ein Abweichen von diesen Lohn- und Arbeitsbedingungen zugelassen, "sofern Gewissheit besteht, dass der Arbeitgeber anschliessend die ordentlichen Bedingungen gewährt oder den Ausländer bei ungenügender Leistung entlässt"⁵²⁷. Diese Ausnahme sollte aber auf keinen Fall die Dauer der zulässigen Probezeit überschreiten⁵²⁸.

Der Arbeitgeber hat sich grundsätzlich an diese der Bewilligung zu Grunde liegenden Lohn- und Arbeitsbedingungen zu halten. Fraglich ist aber, ob dies auch dann zutrifft, wenn die üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen vor der Neu beurteilung der Bewilligung anlässlich eines Gesuches um Verlängerung ändern⁵²⁹.

Verstösst der Arbeitgeber gegen den ihm obliegenden Gleichbehandlungsgrundsatz, so kann die zuständige Behörde dieses Verhalten anlässlich zukünftiger Entscheide sanktionieren. Dem betroffenen ausländischen Arbeitnehmer sollten aber daraus, soweit ihm nichts

auch der billigeren Lebenshaltungskosten an ihrem Wohnsitz relativ tiefe Löhne akzeptieren. Dies wirkt sich v. a. dort aus, wo ansonsten keine Arbeitskräfte, insbesondere keine schweizerischen, zur Verfügung stehen. Vgl. zur Lohnproblematik StenBull. NR 1980, 1095 f. (V. Oehen); Bericht SK S. 93; Biucchi/Gaudard S. 117 ff.; Mohr S. 152. Die unterschiedlichen Branchen und Marktverhältnisse schaffen zudem ausserordentliche Disparitäten; so ist z. B. das Lohnniveau der Grenzgänger in der Textilindustrie im Kanton Tessin um einiges tiefer angesetzt als in der Chemiemetropole im Kanton Basel-Stadt; vgl. dazu schon Weber S. 78.

⁵²⁶ Vgl. dagegen Art. 9 Abs. 2 der heute nicht mehr anwendbaren "VO des EVD über die Begrenzung der Zahl erwerbstätiger Ausländer" vom 26. Oktober 1983 (AS 1983, 1463).

⁵²⁷ BIGA, 1986, S. 11.

⁵²⁸ In diesem Sinne auch eine Mitteilung des BIGA vom 9. August 1984, vgl. Rapp S. 281 N 24.

⁵²⁹ Bejahend Rapp S. 284/5 unter Vorbehalt einer besonderen Auflage in der Bewilligungsverfügung. Da aber die bei der Bewilligungserteilung vorgebrachten Arbeitsbedingungen lediglich die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung beweisen sollten, im Grunde jedoch schon aus der Gesetzesbestimmung hervorgeht, dass die Gleichbehandlung zu jedem Zeitpunkt gewährleistet werden sollte, ist dieser Ansicht nicht zuzustimmen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass mit der Bewilligungserteilung die (gesetzliche) Auflage verknüpft ist, die Gleichbehandlung auch in Zukunft zu gewährleisten. Zur privatrechtlichen Durchsetzbarkeit vgl. Rapp S. 284 f.; Bois S. 73.

Nachteiliges vorgehalten werden kann, keine Nachteile erwachsen⁵³⁰.

3.3.2.3. Unterkunft und Reisekosten

Aufgrund von Art. 9 Abs. 4 und Art. 11 BVO wäre zu prüfen, ob der Ausländer eine Unterkunft hat, die auf dem Wohnungsmarkt verfügbar ist und den bau-, feuer- und gesundheitspolizeilichen Anforderungen genügt, und ob eine schriftliche Regelung bezüglich der Reisekosten vorliegt. Es liegt jedoch gerade im Wesen der Grenzgängerbewilligung, dass der Ausländer täglich an seinen Wohnsitz im Ausland zurückkehrt und in der Schweiz keine Unterkunft besitzt. Da die "Reisekosten" den Kosten des Arbeitsweges entsprechen, ist auch diesbezüglich keine nähere Regelung notwendig. Da daher diese Anforderungen mit dem Wesen der Grenzgängerbewilligung nicht übereinstimmen, sind sie für deren Erteilung ausser Acht zu lassen.

3.3.2.4. Voraussetzungen in der Person des Arbeitgebers

Grundsätzlich kann jeder Arbeitgeber ein Gesuch für die Erteilung einer Grenzgängerbewilligung stellen. Dabei hat er die ihn betreffenden Vorschriften⁵³¹ und Anordnungen der Behörden zu beachten. Verstösst er wiederholt oder in schwerwiegender Weise gegen diese fremdenpolizeilichen Bestimmungen, so sind Gesuche "unabhängig von der Einleitung eines Strafverfahrens" ganz oder teilweise

⁵³⁰ Es ist ihm daher, wenn eine Weiterbeschäftigung nicht mehr möglich ist, ein Stellen- oder sogar Berufswechsel zu bewilligen, gl. M. Bericht SK S. 85.

⁵³¹ So darf er z. B. gemäss Art. 13 Abs. 4 ANAV und Art. 10 Abs. 1 BVO keinen Ausländer beschäftigen, ohne sich vergewissert zu haben, dass dieser zum Antritt einer Stelle berechtigt ist. Ausserdem untersteht er gemäss Art. 48 BVO einer Auskunftspflicht. Daneben obliegen ihm auch steuerrechtliche Pflichten, siehe vorne Abschnitt 7.1.2., S. 199.

abzuweisen⁵³².

3.3.3. Verhinderung der Ueberfremdung

3.3.3.1. Wesen und Begriff der Ueberfremdung

Mit dem Begriff der "Ueberfremdungsgefahr" soll auf die Möglichkeit des Verlustes der eigenständigen Traditionen und angestammten Lebensverhältnisse einer Bevölkerungsgruppe durch die Einflussnahme Angehöriger fremder Kulturen hingewiesen werden⁵³³. Mit dieser Umschreibung soll deutlich gemacht werden, dass der Begriff der Ueberfremdung verschiedene Aspekte enthält. Eine zu starke Einflussnahme kann sich allein aufgrund des zahlenmässigen Anteils der Ausländer an der Gesamtbevölkerung ("demographische Ueberfremdung") ergeben, sie kann aber auch das Resultat übermässiger ausländischer Einwirkungen auf die einheimische Wirtschaft ("wirtschaftliche Ueberfremdung")⁵³⁴, des territorialen ("territoriale Ueberfremdung") oder des geistigen Uebergewichts ("kulturelle Ueberfremdung") ausländischer Individuen sein⁵³⁵. Im Vordergrund der allgemeinen Fremdenrechtsgesetzgebung, wie sie im ANAG bzw. den damit verbundenen Erlassen festgesetzt wurde, steht die demo-

⁵³² Art. 55 Abs. 1 BVO; vgl. Wüthrich N 91; kritisch zu dieser administrativen Massnahme Bois S. 75. Trotz der zwingenden Formulierung dieser Norm ist den rechtsanwendenden Behörden dabei ein Ermessensspielraum zu belassen, können dabei doch auch die Interessen anderer Personen und ev. sogar gesamtschweizerische Interessen betroffen sein, vgl. BIGA, 1986, S. 82/3. Nach Art. 55 Abs. 2 BVO wird den Behörden auch die Möglichkeit einer blossen Androhung eingeräumt.

⁵³³ Vgl. allgemein zum Ueberfremdungsbegriff Bericht SK S. 127 ff.; Eriksson S. 158; Kleemann S. 105 ff.; Mäder S. 191; Wertenschlag S. 86 f.; Ziegler S. 189 ff.; zur Wandlung des Begriffsgehaltes Niederberger S. 98. Dabei liegt im Gedankengut der Ueberfremdung auch der Aspekt der Ueberbevölkerung, vgl. Ruth N 36 ff.

⁵³⁴ Zur kapitalmässigen Ueberfremdung vgl. BBl. 1920 V 16; Marti, HGF, S. 4 N 15.

⁵³⁵ Ausführlich zu diesen Ueberfremdungserscheinungen Bericht SK S. 129 ff.

graphische Ueberfremdungskomponente sowie der Schutz des einheitlichen Arbeitsmarktes⁵³⁶.

3.3.3.2. Die Ueberfremdungsvorschriften im allgemeinen Fremdenrecht

Den Zulassungsbehörden wird in verschiedenen Bestimmungen aufgetragen, den "Grad der Ueberfremdung des Landes" zu berücksichtigen und ein "ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Bestand der schweizerischen und demjenigen der ausländischen Wohnbevölkerung" anzustreben⁵³⁷. Dabei ist die Bestimmung des Masses der "Ausgewogenheit" als sehr schwierig zu bezeichnen⁵³⁸. In verschiedenen Initiativen wurde versucht, diese Grösse im Sinne einer äussersten Grenze nominal oder prozentual zu konkretisieren⁵³⁹, doch hat sich bisher die Meinung durchgesetzt, zu Gunsten einer

⁵³⁶ Während der territorialen Ueberfremdungsgefahr mit der Gesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (vgl. BewG, SR 211.412.4 = AS 1984, 1148) und der wirtschaftlichen Ueberfremdungsgefahr mit einschränkenden Bestimmungen im Wirtschaftsrecht (vgl. z. B. neben dem fremdenpolizeilichen Schutz des einheimischen Arbeitsmarktes Art. 711 OR, dazu BGE 76 II 291; Bürgi S. 587 f.; kritisch Guhl S. 667; vgl. weiter Art. 55 des Nationalbankgesetzes, SR 951.11 = AS 1954, 599) beizukommen versucht wird, ist der kulturellen Ueberfremdungsgefahr am ehesten mit Subventionsmassnahmen zu Gunsten der einheimischen Kultur entgegenzutreten, vgl. Bericht SK S. 136; Martel S. 103 ff.

⁵³⁷ Art. 16 Abs. 1 ANAG; Art. 8 Abs. 1 ANAV; Art. 1 lit. a BVO; vgl. dazu auch BBl. 1978 II 181; Wüthrich N 4.

⁵³⁸ Es ist dabei auch dem Aspekt Rechnung zu tragen, dass Ausländer schon aufgrund ihrer Persönlichkeit einen unterschiedlichen Einfluss auf das Immigrationsland auszuüben vermögen, vgl. Mäder S. 196.

⁵³⁹ Vgl. die Ueberfremdungsinitiativen vom 30. Juni 1955 (BBl. 1965 II 782); vom 20. Mai 1969 (BBl. 1969 II 1044); vom 3. November 1972 (BBl. 1974 I 190); vom 12. März 1974 (BBl. 1976 I 1337) sowie vom 15. März 1974 (BBl. 1976 I 1373). Gegenwärtig sind zwei weitere Initiativen hängig, die u. a. erstmals auch den Bestand der Grenzgänger zahlenmässig limitieren wollen (BBl. 1986 I 101; 1985 II 36); vgl. auch zu verschiedenen Motionen StenBull. NR 1983, 249 ff. Der Einfluss dieser Initiativen auf die Stellung der Ausländer darf trotz ihrer Ablehnung nicht unterschätzt werden, zeitigen sie doch Wirkungen in der nachfolgenden Ausländerpolitik der Behörden, vgl. dazu Wertenschlag S. 89 f.; Wüthrich N 41.

dynamischen und anpassungsfähigen Zulassungspolitik von einer solchen Fixierung abzusehen. Damit bleibt den Behörden ein ausgesprochen weites Ermessensfeld offen, dass es ihnen aber auch ermöglicht, ihre Zulassungspolitik jeweils den gegebenen Verhältnissen anzupassen. Mit den vom Bundesrat erlassenen Kontingentierungsmassnahmen ist aber zumindest in einem Teilbereich der Zulassung eine obere Grenze gezogen worden. De lege ferenda wäre es allerdings wünschbar, die Kompetenz des Bundesrates zu allgemeinen Kontingentierungsmassnahmen ausdrücklich im Gesetz zu verankern⁵⁴⁰.

3.3.3.3. Die Bedeutung für den Grenzgänger

Der Grenzgänger kehrt grundsätzlich täglich an seinen Wohnsitz im Ausland zurück, wo sich allenfalls auch seine Familie aufhält. Er strebt keinen dauernden Aufenthalt bzw. eine Wohnsitznahme in der Schweiz an und muss sich auch im klaren darüber sein, dass ihm ein solcher auch nach längerer Grenzgängertätigkeit nicht zugesprochen werden muss. Mit dem Fehlen einer dauernden Anwesenheit und der Absicht auf dauerndes Verbleiben verliert das demographische Ueberfremdungskriterium aber wesentlich an Gewicht⁵⁴¹. Ausserdem wird die Gefahr eines fremden Einflusses dadurch reduziert, dass die Lebensweise der Grenzgänger aufgrund des bisherigen Aufenthaltes im Grenzgebiet des Nachbarstaates dem kulturellen Denken seines Arbeitsortes im Grenzgebiet der Schweiz angenähert oder gar gleich ist⁵⁴². Diese besondere Situation des Grenzgängers lässt es als

⁵⁴⁰ Vgl. dazu hinten Abschnitt 2.2.2.2., S. 34.

⁵⁴¹ Gl. M. BBl. 1965 I 352; Ruth N 85.

⁵⁴² Gerade die Grenzgebiete weisen häufig soziologische und kulturelle Gemeinsamkeiten auf, welche die oft willkürlich gezogenen geographischen Landesgrenzen nicht zu verwischen vermögen, vgl. dazu Ricq S. 126; Witmer S. 7. Die Schweiz bietet hierfür insofern ein gutes Anschauungsbeispiel, als sich gewisse Grenzregionen zumindest in sprachlicher Hinsicht ausserordentlich nahe stehen.

angezeigt erscheinen, dem Zulassungskriterium der demographischen Ueberfremdung grundsätzlich eine eher untergeordnete Bedeutung zukommen zu lassen.

Es ist jedoch durchaus möglich, dass in gewissen lokalen Gebieten aufgrund der bestehenden Ausländerzahlen oder einer allgemein fremdenfeindlichen Einstellung der Gebietsansässigen dem Ueberfremdungsgesichtspunkt auch für den Grenzgänger erhöhte Bedeutung beigemessen werden muss⁵⁴³. Unter diesem Aspekt könnten auch bei der Abgabe von Grenzgängerbewilligungen ohne weiteres überfremdungspolitische Abklärungen vorgenommen werden. Bisher haben aber alle Grenzkan tone darauf verzichtet, bei der Zulassung von Grenzgängern überfremdungspolitische Ueberlegungen anzustellen.

3.3.4. Die fremdenpolizeilichen Abklärungen

Ziel der Fremdenrechtsgesetzgebung in der Schweiz ist es auch, "schädliche Elemente" von der Schweiz fernzuhalten⁵⁴⁴. Es muss daher zuerst einmal sichergestellt werden, dass gegenüber dem betreffenden (antragsstellenden) Ausländer keine Fernhaltemassnahme ausgesprochen wurde⁵⁴⁵. Weiter haben die fremdenpolizeilichen Abklärungen aber auch allgemein darüber Aufschluss zu erteilen, ob

⁵⁴³ So können z. B. bestimmte Betriebe eine sehr starke ausländische Belegschaft aufweisen, was sowohl innerhalb des Betriebes als auch im betreffenden Gebiet zu Spannungen führen kann; vgl. hiezu Art. 24 BVO, der für neue Betriebe grundsätzlich einen "angemessenen Anteil einheimischer Arbeitnehmer" vorschreibt und in bezug auf bestehende Unternehmen den Kantonen den Erlass einer entsprechenden Regelung überlässt; BIGA, 1986, S. 65 f.; Kleemann S. 11 ff.

⁵⁴⁴ Vgl. BBl. 1965 I 252; Moser, Ausländer, S. 371; Ruth N 34; Wüthrich N 34. War dies ursprünglich das Hauptmotiv, wurden im Laufe der Zeit weitere Aspekte in die Gesetzgebung miteinbezogen, vgl. Bericht SK S. 73 ff.; Macheret, Législation, S. 266.

⁵⁴⁵ In Frage kommt eine frühere Ausweisung, eine Einreisesperre oder eine Einreisebeschränkung.

anderweitige polizeilich motivierte Einwände gegen die Bewilligungserteilung vorgebracht werden können. Hierbei ist grundsätzlich von den ausdrücklich im Gesetz aufgeführten Ausweisungsgründen⁵⁴⁶ auszugehen⁵⁴⁷. Danach müssen auch in bezug auf den Grenzgänger ordnungspolizeiliche⁵⁴⁸ Untersuchungen vorgenommen werden, wogegen gesundheitspolizeiliche⁵⁴⁹ oder sogar finanzielle Kontrollen⁵⁵⁰ eher wegfallen sollten⁵⁵¹.

In der Praxis der Kantone nimmt jedoch die polizeiliche Abklärung gegenüber Grenzgängern einen kleinen Raum ein. In den meisten Fällen ist sie auf eine Kontrolle des schweizerischen Fahndungsregisters beschränkt, womit sichergestellt werden soll, dass keine Fernhaltemassnahmen vorliegen. Nur in wenigen Kantonen wird

⁵⁴⁶ Vgl. Art. 10 ANAG i. V. m. Art. 16 ANAV; da in diesen Fällen eine sofortige Entfernung aus der Schweiz angeordnet werden kann, muss, soweit derartige Gründe vorliegen, auch schon die Aufenthaltsgenehmigung verweigert werden können; vgl. Eriksson S. 161; Moser, Ausländer, S. 410 f.

⁵⁴⁷ Art. 16 Abs. 3 ANAG sieht ausserdem vor, dass von Ausländern, die sich voraussichtlich während längerer Zeit in der Schweiz aufzuhalten gedenken, vor der Bewilligungserteilung ein Strafregisterauszug einzuholen ist. In praktisch allen Kantonen wird gegenüber Grenzgängern auf dieses Erfordernis verzichtet.

⁵⁴⁸ Vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. a und b ANAG. Für die Ueberprüfung der "Eingliederungsmöglichkeit in die im Gaststaat geltende Ordnung" ist gemäss Art. 16 Abs. 1 ANAV auf schwere oder wiederholte Verstösse gegen gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen, grobe Verletzungen allgemeiner Gebote der Sittlichkeit, die fortgesetzte böswillige oder liederliche Nichtbefolgung der öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Verpflichtungen oder sonstiger fortgesetzter Liederlichkeit oder Arbeitsscheu abzustellen. Die Behörden haben dabei aber nicht nur das bisherige, sondern auch das zukünftige Verhalten im Sinne einer Prognose in Rechnung zu stellen. Das Mass der polizeilichen Kontrolle hängt dabei auch vom angestrebten Anwesenheitsstatus des Ausländers ab, vgl. Hofstetter S. 155. Dieser ist beim Grenzgänger geringer als bei anderen Ausländergruppen.

⁵⁴⁹ Vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. c ANAG.

⁵⁵⁰ Diese spielen bei Grenzgängern keine Rolle, da sie grundsätzlich weiterhin der Fürsorge des nahe gelegenen Wohnsitzstaates unterstehen, so dass die Belastung der Schweiz praktisch ausgeschlossen werden kann.

⁵⁵¹ Nach Moser (Ausländer, S. 460) hat ein Ausländer namentlich dann als bescholten zu gelten, wenn "er schlecht beleumundet oder vorbestraft ist oder er 'grob oder wiederholt gegen fremdenpolizeiliche oder andere gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen verstossen' hat".

darüber hinaus das Zentralstrafregister⁵⁵².

3.4. Die zuständigen Behörden

3.4.1. Die massgebenden Organisationsvorschriften

Wie in anderem Zusammenhang bereits dargelegt wurde, obliegt die Erteilung von Grenzgängerbewilligungen den Kantonen⁵⁵³. Hinsichtlich der Organisation erklärt Art. 15 Abs. 1 ANAG eine vom Kanton zu bestimmende Fremdenpolizeibehörde⁵⁵⁴ für alle fremdenpolizeilichen Obliegenheiten der Kantone für zuständig. Den Kantonen bleibt es jedoch belassen, durch eine anderslautende Gesetzgebung diese Aufgaben anderen Behörden zu übertragen⁵⁵⁵. Diese der kantonalen Ausländerbehörde zugedachte dominierende Stellung wird jedoch durch die Forderung der Berücksichtigung des Arbeitsmarktes zum Teil schon durch das ANAG selbst, v. a. aber durch die Verordnungen des Bundesrates stark relativiert⁵⁵⁶. Daher sind weiter als für den Zulassungsentscheid massgebende Organe die Arbeitsmarktbehörden anzuführen⁵⁵⁷. Organisationsrechtlich von grosser

⁵⁵² So z. B. in den Kantonen Aargau, Neuenburg und Thurgau. Die grosszügige Handhabung liegt nach Auskunft der Behörden v. a. daran, dass die Erfahrungen mit den Grenzgängern durchwegs als positiv zu werten waren.

⁵⁵³ Vgl. hinten Abschnitte 2.1.3., S. 20 und 2.3.2.4.2., S. 55; Da bei Grenzgängern (noch) keine Kontingentierungsmassnahmen gelten, verfügt das BIGA auch nicht über die Möglichkeit der Erteilung von Sonderbewilligungen.

⁵⁵⁴ Besser und hier verwendet wird die Bezeichnung "Ausländerbehörde", gl. M. Macheret, Législation, S. 269 N 4; Pfanner S. 86.

⁵⁵⁵ Dabei ist jedoch die Uebertragung der Entscheidungsgewalt über die Ausweisung eines Ausländers sowie über die Erteilung oder den Fortbestand einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung an untere Behörden nur ausnahmsweise und unter bundesrätlicher Zustimmung gestattet (Art. 15 Abs. 2 ANAG). Ein Verstoß gegen diese Bestimmung hätte die Ungültigkeit der Bewilligung zur Folge, vgl. Ruth N 77.

⁵⁵⁶ Vgl. Art. 16 Abs. 2 ANAG; Art. 7 ANAV; Art. 49 BVO.

⁵⁵⁷ Arbeitsmarktliche Gutachten werden dabei grundsätzlich durch das kantonale oder städtische Arbeitsamt erstellt. Dafür können aber auch spezielle Kommissionen geschaffen werden, in

Bedeutung ist die an dieser Stelle abzuklärende Frage, wie sich die Zuständigkeiten von Ausländer- und Arbeitsmarktbehörden voneinander abgrenzen lassen.

3.4.2. Kompetenzaufteilung zwischen Ausländer- und Arbeitsmarktbehörde

Art. 16 ANAG hält fest, dass für die Bewilligung des Stellenantrittes die Begutachtung des "zuständigen Arbeitsnachweises"⁵⁵⁸ einzuholen ist. Gestützt auf Art. 25 Abs. 1 lit. d ANAG hat der Bundesrat die Zusammenarbeit der Ausländer- mit den Arbeitsmarktbehörden in Art. 7 ANAV, bzw. Art. 41 ff. BVO näher ausgeführt. Es wird dabei allein⁵⁵⁹ die Arbeitsmarktbehörde als zuständig erachtet, bei der Erteilung einer Bewilligung zum Stellenantritt die notwendigen Abklärungen über die Lage auf dem Arbeitsmarkt und die wirtschaftlichen Interessen des Landes vorzunehmen. Die BVO unterscheidet in Anlehnung an das verworfene Ausländergesetz⁵⁶⁰ zwischen einem Vorentscheid⁵⁶¹ und einer blossen Stellungnahme⁵⁶², wobei in beiden Fällen die dabei getroffenen Feststellungen für die

denen ev. auch Vertreter der verschiedenen Marktteilnehmer Einsitz nehmen, vgl. Pfanner S. 87.

⁵⁵⁸ Darunter ist die Arbeitsmarktbehörde zu verstehen.

⁵⁵⁹ Vgl. zur früheren Interpretation von Art. 16 Abs. 2 ANAG AS 1932, 289; Pfanner S. 97.

⁵⁶⁰ Vgl. Erläuterungen EJPD/EVD S. 11; Entwurf Art. 24/5.

⁵⁶¹ Zur Gültigkeitsfrist dieser Verfügung vgl. Art. 46 BVO.

⁵⁶² Im Gegensatz zur Stellungnahme handelt es sich beim Vorentscheid um eine selbständige und beschwerdefähige Verfügung, weshalb sie grundsätzlich selbständig anfechtbar ist, vgl. BIGA, 1986, S. 79. Die Einsetzung einer weiteren Rekursinstanz ist deshalb zu begrüssen, weil der wirtschaftliche Aspekt eine gewichtige Komponente der Bewilligung darstellt, zu deren Beurteilung andere Fachkenntnisse benötigt werden, als für die überfremdungs- oder polizeirechtlichen Gesichtspunkte. Es ist allerdings abzuwägen, ob die mit einer Ausweitung des Rechtsschutzverfahrens verbundenen Nachteile - so die zu erwartende Verlängerung, Komplexität und Doppelspurigkeit des Bewilligungsverfahrens (vgl. dazu Moor/Hofstetter S. 38/9) - in Kauf genommen werden sollen. Das Verfahren wurde daher der kantonalen Regelung überlassen, vgl. Art. 44 BVO; BBl. 1978 II 207/8.

Ausländerbehörde bindend sind⁵⁶³. Hingegen obliegt die Beurteilung der über die wirtschaftlichen Erwägungen hinausgehenden Voraussetzungen allein der Ausländerbehörde⁵⁶⁴. Während diese Kompetenz unbestrittenermassen die Entscheidungszuständigkeit bezüglich der polizeilichen Gesichtspunkte umfasst, herrscht in bezug auf die Frage, inwiefern die Ausländerbehörden auch noch überfremdungspolitische Aspekte in ihre Ueberlegungen miteinbeziehen dürfen, Uneinigkeit⁵⁶⁵. Die gesetzlichen Bestimmungen gehen davon aus, dass die Ausländerbehörde ausserhalb der "wirtschaftlichen oder arbeitsmarktlichen Abklärungen" nicht an das Gutachten der Arbeitsmarkbehörde gebunden ist. Die demographische Ueberfremdung stellt demgegenüber ein von diesen Ueberlegungen unabhängiges und eigenständiges Entscheidungskriterium dar⁵⁶⁶. Ist aber in demographischer Hinsicht ein Entscheid zu treffen, so scheint es sowohl der gesetzlichen Regelung als auch der fachspezifischen Kompetenzaufteilung eher zu entsprechen, wenn die notwendigen Abklärungen weiterhin allein von den Ausländerbehörden vorgenommen werden, da die Arbeitsmarktbehörden diesbezüglich über keine Spezialkenntnisse verfügen, die eine Kompetenzübertragung rechtfertigen würden⁵⁶⁷.

⁵⁶³ Art. 42 Abs. 4, Art. 43 Abs. 4 BVO.

⁵⁶⁴ Vgl. Art. 7 Abs. 4 ANAG; Art. 42 Abs. 4, Art. 43 Abs. 4 BVO; vgl. dazu aber Gutzwiller S. 304 ff.; Pfanner S. 97 ff.

⁵⁶⁵ Vgl. dazu die Stellungnahme des BIGA und des BFA, dargestellt bei Gutzwiller (S. 306), der sich dieser Meinung anschliesst; differenzierter Pfanner S. 100, der die Ausländerbehörde nur dann von überfremdungspolitisch motivierten Entscheidungen ausschliesst, wenn die "Arbeitsaufnahme eines Ausländers dringend erwünscht ist", womit er im Prinzip die Kompetenzaufteilung den Arbeitsmarktbehörden überlässt.

⁵⁶⁶ Dem Argument, dass dieser Aspekt durch das Kontingentierungssystem abschliessend gewürdigt worden sei, d. h. dass innerhalb der Ausschöpfung des Kontingents eine Ueberfremdungsfahr von Bundes wegen ausgeschlossen sei, ist entgegen zu halten, dass innerhalb des Kantonsgebietes demographische Ueberlegungen weiterhin von Bedeutung sein können. Schliesslich sei auch auf den das Fremdenrecht beherrschenden Grundgedanken der Entscheidungszuständigkeit der örtlichen Behörden hingewiesen. Die Kontingentierung stellt demgegenüber nur eine Höchstgrenze dar, welche die lokalen Verhältnisse nicht weiter zu berücksichtigen vermag, vgl. dazu auch Pfanner S. 99 f. Darüber hinaus ist dieses Argument für die Zulassung der Grenzgänger unbrauchbar, da ihnen gegenüber bislang keine Kontingentierung angeordnet wurde.

⁵⁶⁷ Gl. M. Niederberger S. 463; in diesem Sinne auch Moser,

Es bleibt aber zu betonen, dass die beiden Behörden stets eng miteinander zusammenzuarbeiten haben⁵⁶⁸. Es erscheint daher wichtig, dass die beiden Behörden die Entscheide der anderen Behörde in ihre Ueberlegungen miteinbeziehen und allenfalls eine Interessenabwägung vornehmen. Auf jeden Fall müssen beide Teilentscheide sachgemäss begründet werden können. Im Bereich der Grenzgängerbewilligung ist dieser Kompetenzstreit zumindest im gegenwärtigen Zeitpunkt von geringer Bedeutung, weil anlässlich der Bewilligungserteilung praktisch keine überfremdungsrechtlichen Aspekte berücksichtigt werden.

3.4.3. Die für die Erteilung der Grenzgängerbewilligung zuständigen kantonalen Behörden

Bei der Begutachtung von Grenzgängergesuchen stehen die arbeitsmarktlichen Abklärungen im Vordergrund, wogegen in der Praxis polizeiliche Nachforschungen in geringem Masse, überfremdungspolitische Ueberlegungen überhaupt nicht⁵⁶⁹ angestellt werden. Aus diesem Grunde haben verschiedene Kantone die grundsätzlich im Fremdenrecht geltende Kompetenzaufteilung in dem Sinne abgeändert, dass für die Erteilung allein die Arbeitsmarktbehörden zuständig sind⁵⁷⁰. In anderen Kantonen wurde dagegen die allgemeine Kompe-

Ausländer, S. 414.

⁵⁶⁸ So spricht Art. 7 ANAV von einer engen, sich gegenseitig unterstützenden Zusammenarbeit. Dazu Ruth (N 69): "Die beiden Behörden können sich viel unnütze Arbeit bereiten, wenn sie empfindlich, geltungssüchtig, pedantisch und bürokratisch sind und sich viel Mühe ersparen, wenn sie es nicht sind."

⁵⁶⁹ Dies mag mit ein Grund dafür sein, dass in den neuesten Ueberfremdungsinitiativen auch die Kontingentierung der Grenzgänger vorgesehen ist.

⁵⁷⁰ So ist in den Kantonen Aargau, Basel-Land, Solothurn und St. Gallen für die Erteilung der Grenzgängerbewilligung allein das Arbeitsamt zuständig. Dasselbe gilt, ausser gegenüber Grenzgängern mit einem weiter als 10 km von der französischen Grenze entfernten Wohnsitz, auch im Kanton Basel-Stadt. Dazu ist festzuhalten, dass die in diesen Kantonen gehandhabte alleinige Entscheidzuständigkeit der Arbeitsämter

tenzordnung grundsätzlich beibehalten⁵⁷¹, wobei die Arbeitsmarktbehörde einen selbständig anfechtbaren Entscheid fällt⁵⁷².

3.5. Das Verfahren der erstmaligen Grenzgängerbewilligung

3.5.1. Die Einleitung des Verfahrens

3.5.1.1. Der Zeitpunkt der Einleitung

Die in Art. 2 Abs. 1 des "BRB über Einreise und Anmeldung der Ausländer" vom 10. April 1946⁵⁷³ vorgesehene Visumpflicht nimmt heute aufgrund der verschiedenen bilateralen Vereinbarungen nicht mehr die praktische Bedeutung früherer Jahre ein⁵⁷⁴. Zudem wurde die Einreise im allgemeinen durch verschiedene Abkommen erleichtert⁵⁷⁵, doch wurden, soweit es um erwerbstätige Einreisende

gemäss Art. 15 Abs. 1 ANAG durch die kantonale Gesetzgebung festzulegen ist; zu Recht kritisch im Falle des Kantons St. Gallen Caytas S. 25.

⁵⁷¹ So werden in den übrigen Grenzkantonen Appenzell-Inner- und Ausserrhoden, Bern, Genf, Graubünden, Jura, Neuenburg, Schaffhausen, Thurgau, Tessin, Waadt, Wallis und Zürich die Grenzgängerbewilligungen von der Ausländerbehörde ausgestellt. Dies gilt auch für die Bewilligung an Grenzgänger im Kanton Basel-Stadt, deren Wohnsitz weiter als 10 km von der französischen Grenze entfernt gelegen ist.

⁵⁷² Art. 23 Abs. 4 i. V. m. Art. 42 BVO. Dieses Verfahren war schon vor der Inkraftsetzung der BVO in gewissen Kantonen üblich, so z. B. in Genf, Jura, Neuenburg und Waadt; vgl. BGE 109 Ib 241; Pfanner S. 216/7, 220.

⁵⁷³ SR 142.211 = BS 1, 139.

⁵⁷⁴ Vgl. die jeweils vom BFA herausgegebene Zusammenstellung der Einreisevorschriften; Hofstetter S. 144 ff.; Macheret, Immigration, S. 60. Die Visumpflicht findet aber als Massnahme in besonderen Notsituationen weiterhin Anwendung, so z. B. bei zu starken Immigrationen oder Krankheitsfällen aus gewissen Gebieten oder der Terrorismusbekämpfung.

⁵⁷⁵ Vgl. die verschiedenen Abkommen über den Grenzübergang von Personen im kleinen Grenzverkehr sowie auf multilateraler Ebene das "Europäische Übereinkommen über die Regelung des Personenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten des Europarates" vom 13. Dezember 1966 (SR 0.142.103), dem auch die Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich beigetreten sind; siehe hinten Abschnitt 2.4.3.7.3., S. 85.

geht, die besonderen landesrechtlichen Einreisebestimmungen stets vorbehalten. So legt Art. 1 des "Bundesratsbeschlusses über die Zusicherung der Aufenthaltsbewilligung zum Stellenantritt" (=ZBRB) vom 19. Januar 1965⁵⁷⁶ fest, dass ausländische, nicht visumspflichtige Arbeitskräfte nur dann zum Stellenantritt⁵⁷⁷ in die Schweiz einreisen dürfen, wenn sie eine Zusicherung der Aufenthaltsbewilligung besitzen. Mit dem Erfordernis der Zusicherung sollte mit Blick auf die Kontingentierungsmassnahmen in erster Linie eine effektive Immigrationskontrolle gewährleistet, eine langwierige, unter misslichen Bedingungen stattfindende Stellensuche der Ausländer vermieden und die Härten nachträglicher Zurückweisungen verhindert werden⁵⁷⁸.

Obwohl die dem ZBRB innewohnenden Motive durchaus gerechtfertigt erscheinen, muss seine heutige Zweckmässigkeit bezweifelt werden. Da eine Zusicherung nur für den Stellenantritt für notwendig erklärt wird, ist schon im Sinne einer grammatikalischen Auslegung davon auszugehen, dass die Stellensuche innerhalb des bewilligungsfreien (Touristen-) Aufenthaltes als gestattet zu betrachten ist. Wohl könnte man mit einer teleologischen Interpretation des ZBRB zu einem anderen Resultat gelangen⁵⁷⁹, doch lassen es praktische Durchsetzungsschwierigkeiten als gerechtfertigt erscheinen, davon abzusehen⁵⁸⁰. Die Stellensuche im Verlaufe des bewilligungsfreien Aufenthaltes kann dem Ausländer daher gestützt auf die-

⁵⁷⁶ SR 142.261 = AS 1965, 58.

⁵⁷⁷ Zum Begriff des Stellenantrittes vgl. BFA-Weisungen A 221.1; Marti, HGF, S. 140; Rüegg S. 19; Ruth N 60.

⁵⁷⁸ Vgl. Bericht SK S. 70, 122; Hofstetter S. 147; Macheret, Immigration, S. 40; Moser, Ausländer, S. 391; Pfanner S. 146.

⁵⁷⁹ Im Hinblick auf die finanziellen und sozialen Schwierigkeiten von Einwanderern würde demgemäss auch schon die Stellensuche von diesem Beschluss erfasst.

⁵⁸⁰ Gl. M. Hofstetter S. 147; Pfanner S. 147. Es ist den Grenzbehörden unmöglich festzustellen, ob ein Ausländer wirklich nur einen Touristenaufenthalt anstrebt oder ob er zur Stellensuche in die Schweiz einreisen möchte. Es scheint daher - auch wenn es in ihrem Interesse liegt - ungerechtfertigt, diejenigen Ausländer, die ihre Absichten offen zutage legen, abzuweisen, während diejenigen, die sich darüber ausschweigen, zugelassen würden. Damit wären die Ausländer geradezu zur Lüge gezwungen.

sen Beschluss nicht zum Vorwurf gemacht werden.

Zieht man in Berücksichtigung, dass der Stellenantritt bereits durch Art. 3 Abs. 3 ANAG und Art. 10 Abs. 1 BVO vom Vorliegen einer rechtsgültigen Bewilligung abhängig gemacht wird, ist damit die materielle Neuerung des ZBRB darin zu erblicken, dass ein Ausländer, der aufgrund der Stellensuche in der Schweiz eine Beschäftigung in Aussicht hat, auf alle Fälle, d. h. auch dann, wenn der verbleibende bewilligungsfreie Aufenthalt für die Dauer des Bewilligungsverfahrens genügen würde, zur Gesuchstellung in seinen Wohnsitzstaat zurückreisen muss⁵⁸¹. Stellt er das Gesuch in der Schweiz, darf ihm gemäss Art. 1 ZBRB keine Bewilligung erteilt werden. Die eigentliche Wirkung des ZBRB besteht daher darin, dem Ausländer den Aufenthalt während des Bewilligungsverfahrens zu entziehen. Ziel dieser Massnahme ist aber nicht die Spezial-, sondern die Generalprävention. So kann es denn bei der Anwendung dieser Vorschrift nicht darum gehen, das Verhalten eines Ausländers zu sanktionieren, sondern sollen damit den potentiellen Immigranten im Sinne der Abschreckung der behördliche Durchsetzungswille bezüglich dieser Norm und die daraus resultierenden Konsequenzen vor Augen geführt werden. Gerade aus diesem Grund erscheint es aber notwendig, im Falle der Zuwiderhandlung gegen den Beschluss in konsequenter Weise die Bewilligung zu verweigern⁵⁸². Parallel dazu ist diese Praxis durch eine vermehrte Oeffentlichkeitsarbeit den betroffenen Kreisen kundzutun. Unterbleibt das, so bleibt lediglich eine (willkürliche) Spezialprävention übrig, die dem eigentlichen Anliegen des ZBRB nicht Rechnung trägt, sondern ihm zuwiderläuft⁵⁸³.

Die dem ZBRB zu Grunde liegenden Motive treffen auf den

⁵⁸¹ Vgl. Aeschbacher/Hegetschweiler N 1.2.1.

⁵⁸² Vgl. dagegen Bericht SK S. 85.

⁵⁸³ Kennen die Ausländer den ZBRB nicht oder vertrauen sie auf eine lasche Handhabung, verliert er seine Wirkung. Diesfalls wäre er aber besser aufzuheben, da die Pflicht zur Ausreise im Einzelfall eine ausserordentliche Härte darzustellen vermag.

Grenzgänger nicht zu, da für ihn (noch) keine Kontingentierungsmassnahmen bestehen und sich sein bisheriges soziales Umfeld in der Nähe befindet, wodurch auch eine Ablehnung des Gesuches keine besonderen Härten mit sich bringen würde. Ausserdem wird er vom ZBRB nicht betroffen, da er sich während des Bewilligungsverfahrens nicht in der Schweiz aufzuhalten gedenkt. Trotz des eindeutigen Wortlautes in Art. 1 ZBRB - "ausländische Arbeitskräfte" - ist deshalb davon auszugehen, dass dieser auf den Grenzgänger keine Anwendung findet⁵⁸⁴.

Dies gilt im übrigen allgemein für alle liechtensteinischen und französischen Staatsangehörigen⁵⁸⁵. Ist dies für die Liechtensteiner aufgrund der besonderen Zulassungsbestimmungen richtig⁵⁸⁶, so scheint diese Regelung bezüglich der Franzosen allerdings als unverständlich⁵⁸⁷. Die damit erreichte Besserstellung gegenüber anderen Ausländern besteht darin, dass sie ihr Gesuch bereits während ihrer Anwesenheit in der Schweiz stellen dürfen.

Es bleibt daher festzustellen, dass der Grenzgänger von Bundesrechts wegen keine Zusicherung benötigt und er daher das Gesuch, soweit keine anderslautende kantonale Regelung vorgesehen ist, auch persönlich in der Schweiz stellen kann⁵⁸⁸. Die meisten Kantone verzichten denn auch gegenüber Grenzgängern auf das Erfordernis der Zusicherung⁵⁸⁹. Hat der Fremde aber schon im Aus-

⁵⁸⁴ A. M. scheint Hofstetter S. 146 zu sein.

⁵⁸⁵ Gemäss Art. 2 ZBRB konnte dies vom EJPD festgelegt werden, vgl. hiezu Hofstetter S. 146; Macheret, Immigration, S. 61; Pfanner S. 147 N 39.

⁵⁸⁶ Vgl. hinten Abschnitt 3.2.1.5., S. 101.

⁵⁸⁷ Die rechtliche Begründung kann denn auch nicht in Art. 1 des Rekrutierungsabkommens mit Frankreich von 1946 (SR 0.142.113.494) gesehen werden (vgl. Hofstetter S. 146 N 28), da dieser allein das Verhalten des Auswanderungs-, nicht des Empfangsstaates regelt.

⁵⁸⁸ Allerdings wird das Gesuch in der Regel vom Arbeitgeber eingereicht. Die freiwillige Gesuchstellung aus dem Ausland ist dem Grenzgänger aber nicht verwehrt, vgl. Art. 6 Abs. 2 ANAV.

⁵⁸⁹ Zur Kontrolle, ob eine bewilligte Grenzgängerbewilligung tatsächlich beansprucht wurde, kennen die Kantone Graubünden und Wallis noch ein solches Verfahren. Im Kanton Tessin wird

land eine Bewilligung erhalten, muss er sich trotzdem bei der (erstmaligen) Einreise auf jeden Fall anmelden⁵⁹⁰.

3.5.1.2. *Legitimation zur Stellung eines Gesuches*

Aus Art. 6 Abs. 2 ANAV geht hervor, dass jeder, der ein berechtigtes Interesse an der Bewilligung nachweist, ein Gesuch um Zusicherung einer Bewilligung einreichen kann. Als Gesuchsteller kommen dabei in erster Linie der Ausländer selbst⁵⁹¹ und ein schweizerischer Arbeitgeber in Frage⁵⁹². Da den zukünftigen Arbeitgebern im Zulassungsverfahren betreffend unselbständiger erwerbstätiger Ausländer wesentliche Mitwirkungspflichten obliegen⁵⁹³, werden die Gesuche in der Praxis hauptsächlich von diesen eingebracht⁵⁹⁴. Bleibt aber auch in diesen Fällen allein der Ausländer Adressat der behördlichen Verfügung⁵⁹⁵, so muss dem Arbeitgeber aufgrund dem ihm in Art. 6 Abs. 2 ANAV zugestandenem Antrags-

zur sofortigen Möglichkeit der Arbeitsaufnahme ein "permisino" ausgestellt, der aber keine Zusicherung, sondern eine provisorische Bewilligung darstellt, da er vor Abschluss des Bewilligungsverfahrens ausgestellt wird, vgl. BGE Illpack Werk AG c. Kanton Tessin v. 7. Juni 1984, S. 16 Erw. 4b (unveröffentlicht); zur Unterscheidung Zusicherung - provisorische Bewilligung vgl. BGE 109 Ib 183; Ruth N 76.

⁵⁹⁰ Art. 2 Abs. 2 ANAV; Pfanner S. 149; Ruth N 57, 76. Andernfalls hält er sich illegal in der Schweiz auf, vgl. Hofstetter S. 150 N 52.

⁵⁹¹ So v. a. bei selbständig Erwerbstätigen, vgl. Pfanner S. 138.

⁵⁹² Viele Kantone nehmen grundsätzlich die Gesuche von Ausländern gar nicht entgegen, sondern verlangen ein Gesuch des Arbeitgebers. Ohne Zweifel muss aber auch das Gesuch eines Grenzgängers entgegengenommen und geprüft werden; vgl. Macheret, Immigration, S. 73 f.; Moser, Ausländer, S. 406; Ruth N 65; Weber S. 76. Dies gilt trotz der einschränkenden Formulierung auch für Art. 46 Abs. 2 BVO.

⁵⁹³ Siehe hinten Abschnitt 3.3.2.1., S. 110. Vgl. auch die spezielle Erwähnung der Vermittlung des zukünftigen Arbeitgebers in Art. 2 des "Abkommens zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Oesterreichischen Bundesregierung über die gegenseitige Aufhebung der Visum (Sichtvermerk)pflcht" vom 14. September 1950 (SR 0.142.111.638 = AS 1951, 644).

⁵⁹⁴ Vgl. Moser, Ausländer, S. 407; Pfanner S. 139; Ruth N 76; zu den verschiedenen Möglichkeiten der Anwerbung ausländischer Arbeitskräfte vgl. Bericht SK S. 69 ff.; Hofstetter S. 141 ff.; Pfanner S. 140.

⁵⁹⁵ Vgl. Moser, Ausländer, S. 406 f.; Pfanner S. 67 N 18, 139.

recht auch Parteienstellung eingeräumt werden⁵⁹⁶. Dies umso mehr, als grundsätzlich in jedem Gesuch des Arbeitgebers für einen namentlich genannten Ausländer auch ein stillschweigendes Begehren zu einer Blankozusicherung⁵⁹⁷ gesehen werden kann⁵⁹⁸.

3.5.1.3. Die Eingabe des Gesuches

Da die Festsetzung des Verfahrens grundsätzlich den Kantonen obliegt, hängt der Verfahrensablauf von deren Regelungen ab⁵⁹⁹. Daher sind in den Kantonen jeweils unterschiedliche Behörden zur Entgegennahme der Gesuche zuständig⁶⁰⁰. Dies ergibt sich nicht nur aus der unterschiedlichen Zuständigkeit der Ausländer- und Arbeitsmarktbehörden, sondern auch deshalb, weil in einigen Kantonen auch lokale Behörden am Bewilligungsverfahren beteiligt sind⁶⁰¹. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich dabei nach dem zukünftigen Arbeitsort.

⁵⁹⁶ Das Interesse des Arbeitgebers kann dabei vielfach als ebenso gross bezeichnet werden, wie dasjenige des Ausländers.

⁵⁹⁷ Die Blankozusicherung kann als eine an den Arbeitgeber gerichtete behördliche Verfügung bezeichnet werden, in der ihm die Bewilligung zum Stellenantritt eines Ausländers unter der Voraussetzung zugesichert wird, dass der dann in Frage kommende Ausländer den persönlichen Anforderungen, die das Fremdenrecht an ihn stellt, entspricht; vgl. Art. 6 Abs. 3 ANAV; Moser, Ausländer, S. 407 f.; Pfanner S. 139; Ruth N 52, 76.

⁵⁹⁸ Schon deshalb steht dem Arbeitgeber eine selbständige Parteienstellung zu, die unabhängig von derjenigen des Ausländers bestehen kann. Dies wirkt sich v. a. in bezug auf die Aktivlegitimation des Arbeitgebers im Rechtsmittelverfahren aus.

⁵⁹⁹ Vgl. auch Art. 23 Abs. 4 BVO.

⁶⁰⁰ Vgl. für den deutschen Raum die Auflistung bei Paetzold, Grenzgänger, S. 8. Im Kanton Zürich ist das Gesuch aber nicht beim Kreisbüro, sondern direkt bei der kantonalen Ausländerbehörde einzuleiten.

⁶⁰¹ So ist z. B. in den Kantonen Bern, Graubünden, Jura, Neuenburg, Tessin, Thurgau und Waadt das Gesuch bei den Gemeindebehörden einzureichen; vgl. dazu Wüthrich N 8. Zu deren Zuständigkeit vgl. Art. 15 Abs. 2 ANAG; Hofstetter S. 70.

3.5.2. Die Behandlung der Bewilligungsgesuche

3.5.2.1. Die Informationsquellen im allgemeinen

Nach Eingang eines Bewilligungsgesuches haben die Behörden die notwendigen Ueberprüfungen vorzunehmen. Im Zulassungsverfahren⁶⁰² kann, wie die vorangegangenen Darlegungen gezeigt haben, zwischen den Abklärungen der allgemeinen Rahmenbedingungen⁶⁰³, sowie denjenigen bezüglich der Person des Arbeitgebers⁶⁰⁴ und des Ausländers unterschieden werden⁶⁰⁵. Es soll im folgenden kurz dargestellt werden, wie die notwendigen Informationen beschafft werden können.

Eine wertvolle Hilfe bei der Ueberprüfung der örtlichen Rahmenbedingungen stellen die statistischen Angaben über den Bevölkerungsstand - insbesondere das Verhältnis von Ausländern und Schweizern - und die Arbeitslosenzahl dar. Dank den erfassten Daten über die stellensuchenden Personen und die offenen Stellen⁶⁰⁶ können sich die Arbeitsmarktbehörden über die Situation auf dem Ar-

⁶⁰² Vom Bundesrecht wird den kantonalen Behörden in Art. 6 Abs. 1 ANAV aufgetragen, sofort Abklärungen über die wirklichen Absichten des Gesuchstellers hinsichtlich des Zweckes und der Dauer vorzunehmen. Dabei sollen die für das weitere Verfahren bedeutsamen Verhältnisse unverzüglich festgestellt und die Erklärungen und Angaben des Gesuchstellers schriftlich festgehalten werden (Art. 6 Abs. 2 lit. b ANAV).

⁶⁰³ Darunter fallen etwa die Lage auf dem Arbeitsmarkt in der betreffenden Branche, das Mass der örtlichen Ueberfremdung oder die allgemeinen wirtschaftlichen Bedürfnisse des Landes.

⁶⁰⁴ So z. B. die bisherige Einhaltung fremdenpolizeilicher Vorschriften, die Vornahme der vorgeschriebenen frühzeitigen Anstrengungen bzw. die Dringlichkeit der Einstellung, die Einhaltung der Vorschriften betreffend der Lohn- und Arbeitsbedingungen oder die Lage der Betriebsstätte innerhalb der Grenzzone.

⁶⁰⁵ Gemeint sind z. B. die polizeilichen Abklärungen zur Person des Ausländers, das Vorliegen des geforderten Wohnsitzerfordernisses oder die Möglichkeit der täglichen Rückkehr.

⁶⁰⁶ Mit der elektronischen Datenverarbeitung ist es möglich, die vorhandenen Parameter über das Stellenangebot und die arbeitslosen Arbeitskräfte nach verschiedenen Kriterien, so z. B. nach Branchen, Ausbildungsstand, Personalien oder Lohnhöhe in übersichtlicher Weise aufzugliedern und damit den Behörden wesentliche Informationen zukommen zu lassen.

beitsmarkt ein Bild verschaffen. Daneben geben auch die von privaten und öffentlichen Arbeitsvermittlungen herausgegebenen Informationen Anhaltspunkte über das Mass und den Charakter der Arbeitslosigkeit und der Anzahl bzw. Art der offenen Stellen. Von grosser Bedeutung sind auch die von Fachverbänden herausgegebenen Informationen über branchenübliche Arbeitsbedingungen, im besonderen die Angaben über das Lohnniveau. Wo keine speziellen Unterlagen zur Verfügung stehen, kann es auch notwendig werden, Informationen an Ort einzuholen.

Dem zukünftigen Arbeitgeber wird durch Art. 3 Abs. 2 ANAG und Art. 48 Abs. 1 BVO eine Auskunftspflicht, die sich auch auf den Einblick in seine Bücher und Korrespondenzen bezieht, gegenüber kantonalen⁶⁰⁷ und eidgenössischen Behörden auferlegt. Diese darf aber nicht weiter gehen, als es die notwendigen Abklärungen erfordern⁶⁰⁸. Die Behörden haben dabei alle Auskünfte wie auch die Ergebnisse der mit dem Einvernehmen des Gesuchstellers vorgenommenen Untersuchungen durch Sachverständige⁶⁰⁹ vertraulich zu behandeln⁶¹⁰.

Auch dem Ausländer obliegt gemäss Art. 3 Abs. 2 ANAG eine Auskunftspflicht⁶¹¹, die dadurch verstärkt wird, dass gemäss

⁶⁰⁷ Soweit diese ihre Aufgaben an lokale Behörden übertragen, besteht auch diesen gegenüber eine Auskunftspflicht.

⁶⁰⁸ Gl. M. Pfanner (S. 136), der die Kausalität als Massstab nimmt. In Frage kommen z. B. Angaben über die Bemühungen, die zur vorgängigen Ausschöpfung des einheimischen Arbeitsmarktes getätigt wurden (z. B. Werbungskosten, Anfragen), Darlegung der (besonders hohen) Bestellungseingänge, Gehaltsabrechnungen anderer Mitarbeiter, Angaben über den Personalbestand usw.

⁶⁰⁹ Art. 48 Abs. 2 BVO.

⁶¹⁰ Vgl. Pfanner S. 136.

⁶¹¹ Es besteht insofern keine Offenbarungspflicht, als die Behörde die für sie wichtigen Fragen stellen muss. Allerdings ist dann eine Mitteilungspflicht anzunehmen, wenn aus der Fragestellung objektiv, d. h. für einen besonnenen Menschen in der gleichen Situation, erkennbar ist, dass die Information für den Bewilligungsentscheid von Bedeutung sein könnte. Vgl. dazu BGE 102 Ib 99 Erw. 3; 94 I 197 Erw. 3; Hofstetter S. 195 N 9; Pfanner S. 141 f., 194 N 8; Ruth N 68 ("wissentliches Verschweigen").

Art. 10 Abs. 3 ANAV die von ihm abgegebenen Erklärungen als ihm auferlegte Bedingungen gelten. Geben die objektiven Angaben - z. B. Ort und Dauer des jetzigen Wohnsitzes, des benützten Verkehrsmittels - kaum zu Diskussionen Anlass, ist die Grenze der Zulässigkeit zur Befragung über die Person des Grenzgängers im Hinblick auf seine Persönlichkeitsrechte schwierig zu ziehen. Als Grundsatz ist auch hier von einer Beschränkung auf das absolut notwendige auszugehen⁶¹².

3.5.2.2. Die Rechte der Gesuchsteller im Zulassungsverfahren

Das Fremdenrecht des Bundes sieht für das erstinstanzliche Verfahren nur eine Rechtsmittelbelehrung, ein Beschleunigungs- und eine schriftliche Begründungspflicht⁶¹³ im Falle eines ablehnenden Entscheides vor⁶¹⁴. Daneben richtet sich die Rechtsstellung der Betroffenen grundsätzlich nach dem kantonalen Recht⁶¹⁵. Unabhängig von der vom Kanton festgesetzten Verfahrensordnung sind jedoch die

⁶¹² Fraglos gestattet ist die Forderung nach einem Strafauszug, Nachforschungen betreffend Fernhaltmassnahmen, der Verankerung im Wohnsitzstaat, einer früheren Tätigkeit in der Schweiz bzw. im Ausland oder die Befragung zur Person im allgemeinen (Personalien, Ausbildung, Lebenslauf usw.). Für die Zulassung der Grenzgänger von untergeordneter Bedeutung dürften dagegen Angaben über die finanziellen Verhältnisse, den Gesundheitszustand, soweit es sich nicht um gefährliche Krankheiten handelt, die Religion oder die politische Einstellung sein. Derartige direkte oder indirekte Nachforschungen bei ausländischen Vertretungen, Behörden oder sonstigen Informationsträgern sind grundsätzlich zu unterlassen. Es ist aber zu beachten, dass das Fragerecht nicht bei allen Bewilligungstypen gleich ist, vgl. BGE 93 I 8; Macheret, Immigration, S. 68 f.; Pfanner S. 141 f.; Ruth N 70 ff.

⁶¹³ V. a. in ablehnenden Fällen ist eine fallbezogene Begründung wünschenswert, gl. M. Macheret, Immigration, S. 74. Gemäss Art. 20 Abs. 1 ANAV ist in Fällen des amtlichen Bewilligungsentzuges sogar eine einlässliche Begründung gefordert; vgl. zu den Begriffen "begründet" und "einlässlich begründet" Moser, Ausländer, S. 463 N 353; allgemein zum Ausmass der Begründungspflicht EuGrZ 1986, 535.

⁶¹⁴ Art. 18 Abs. 6 und Art. 19 Abs. 2 ANAG.

⁶¹⁵ Vgl. Moser Ausländer, S. 385, 462 f. Soweit es sich um letztinstanzliche kantonale, nicht endgültige Entscheide handelt, finden sich einige weitere Anforderungen in Art. 1 Abs. 2 VwVG.

in Art. 4 BV verankerten Mindestgarantien zu beachten⁶¹⁶. Im Vordergrund steht dabei das rechtliche Gehör, der Grundsatz von Treu und Glauben, das Verbot des überspitzten Formalismus sowie der formellen und materiellen Rechtsverweigerung⁶¹⁷.

3.5.2.3. *Die gehandhabte kantonale Praxis bei der Grenzgängerbewilligung*

Die im Gesetz vorgesehenen Möglichkeiten wurden gegenüber Gesuchen um Grenzgängerbewilligungen zumindest bezüglich der persönlichen Angaben bei weitem nicht ausgeschöpft. So vollzieht sich das ganze Bewilligungsverfahren praktisch immer auf schriftlichem Weg und sind derzeit alle Kantone in bezug auf die geforderten persönlichen Angaben sehr zurückhaltend⁶¹⁸. Eine persönliche Vorsprache ist in keinem der Kantone vorgesehen und auch die polizeiliche Kontrolle ist rudimentär ausgestaltet.

Grosses Gewicht wird hingegen auf die Bestätigung der sechsmonatigen Wohnsitzdauer durch die ausländische Einwohnerkontrolle⁶¹⁹ und die arbeitsmarktlichen Rahmenbedingungen gelegt. Neben dem Nachweis des Bedarfs und des Arbeitskraftmangels wird insbesondere der Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen höchste Beachtung geschenkt.

⁶¹⁶ Vgl. Moser, Ausländer, S. 463; Pfanner S. 215.

⁶¹⁷ Vgl. dazu im allgemeinen Häfliger S. 115 ff.; Müller/Müller S. 227 ff.

⁶¹⁸ Die entsprechenden Fragebogen beziehen sich in der Regel auf die Personalien, die Berufsausbildung, die frühere bzw. neu angestrebte Erwerbstätigkeit, die Wohnadresse des Fremden sowie auf Angaben über den Betrieb des neuen Arbeitgebers wie z. B. die Zahl der beschäftigten Schweizer und Ausländer oder den Geschäftszweck.

⁶¹⁹ Vgl. Art. 23 Abs. 2 BVO. Hinzuweisen ist auch auf die von einigen Kantonen geforderte Einwilligung der Nachbarländer im Falle der Beschäftigung von Drittausländern, siehe hinten Abschnitt 3.2.3., S. 102.

3.5.3. Der Entscheid

In den meisten Kantonen entscheidet grundsätzlich die vom kantonalen Recht eingesetzte Behörde direkt über die Grenzgängerbewilligung, indem sie diese erteilt oder verweigert⁶²⁰. In einigen Kantonen⁶²¹ handelt es sich beim Entscheid aber noch nicht um die eigentliche Bewilligungserteilung, sondern lediglich um eine Zusicherung, aus der sich jedoch für den Grenzgänger ein direkter Bewilligungsanspruch⁶²² ableiten lässt⁶²³. Die endgültige Bewilligungserteilung erfolgt in diesen Fällen mit der dem Grenzgänger obliegenden Anmeldung⁶²⁴. Damit soll gesichert sein, dass von einer erteilten Bewilligung tatsächlich Gebrauch gemacht wird.

Die Behörde trifft ihren Entscheid in Abwägung der

⁶²⁰ Zum Verhältnis zwischen Ausländer- und Arbeitsmarktbehörde vgl. hinten Abschnitt 3.4.2., S. 124.

⁶²¹ So in den Kantonen Graubünden und Wallis.

⁶²² Da bei Grenzgängern auf eine persönliche Befragung verzichtet wird, ist die Abgabe der Bewilligung ein rein formeller Akt. Bei den anderen Ausländerbewilligungen wird dagegen noch eine beschränkte Befragung vorgenommen, vgl. Pfanner S. 147 f. Dabei sollten jedoch nur solche Gründe zur Bewilligungsverweigerung führen, die sich aus den fehlenden Kontrollmöglichkeiten im Zusicherungsverfahren ergeben können, d. h. v. a. in der Person des Ausländers liegende Motive. Ueberfremdungs- oder wirtschaftliche Aspekte sind demgegenüber grundsätzlich nicht mehr zu berücksichtigen, da ansonsten dem Schutzgedanken von Art. 6 Abs. 2 ANAV, der den Fremden überflüssige Vorbereitungshandlungen ersparen will, nicht mehr entsprochen würde.

⁶²³ Das Bundesgericht entschied in BGE 102 Ib 100, dass die Zulassungsverweigerung dem Widerruf einer amtlichen Zusage entspreche. In BGE 109 Ib 182 f. Erw. 2b wird von einer "begünstigenden Verfügung" gesprochen. Obwohl in der Doktrin zu Recht davon ausgegangen wird, dass nur ein Widerrufsgrund im Sinne von Art. 9 Abs. 2 ANAG die Bewilligungsverweigerung zu rechtfertigen vermöge (vgl. Hofstetter S. 153; Pfanner S. 147; Ruth N 76), ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung diesbezüglich eher dahingehend zu interpretieren, dass sich der Ausländer im Gegensatz zur Bewilligungserteilung zwar nicht auf die abschliessend im ANAG festgelegten Widerrufsgründe berufen kann, hingegen die Behörde im Sinne des Verfassungsgrundsatzes von Treu und Glauben in ihrem Ermessen erheblich eingeschränkt ist, vgl. zu dieser Ermessenseinschränkung BGE v. 8. Februar 1986 in SZS 1986, 144; Fleiner, Verwaltungsrecht, § 26; Hangartner, Widerruf, S. 51 ff.; Imboden/Rhinow Nr. 41; Weber-Dürler S. 178 ff. m. w. H.

⁶²⁴ Auch nach der Erteilung einer Zusicherung ist eine Anmeldung notwendig, Art. 2 Abs. 2 ANAV; vgl. Pfanner S. 149; Ruth N 57, 76.

dargelegten Interessen nach pflichtgemäßem Ermessen⁶²⁵. Daraus geht hervor, dass es sich nicht um eine allgemeine Polizeibewilligung, sondern um einen konstitutiven zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt⁶²⁶ handelt⁶²⁷.

In zeitlicher Hinsicht wird die erstmalige Bewilligung für den im Gesuch gewünschten Zeitraum, jedoch höchstens für die Dauer eines Jahres ausgestellt⁶²⁸. Einige Kantone beschränken die Geltungsdauer der Grenzgängerbewilligung bei der erstmaligen Zulassung sogar auf ein halbes Jahr⁶²⁹. Hinzuweisen ist auch auf Art. 14 Abs. 1 ANAV⁶³⁰, wonach der Ausländer gleichzeitig nur in einem Kanton eine Anwesenheitsbewilligung besitzen kann⁶³¹.

⁶²⁵ Art. 4 ANAG; dazu hinten Abschnitt 3.3.1., S. 105. In Art. 8 Abs. 2 ANAV wird dies mit der Anordnung untermauert, dass auch besondere Umstände wie z. B. Abschluss eines Dienstvertrages oder Geschäftsgründung dieses Ermessen nicht zu beeinträchtigen vermögen.

⁶²⁶ Vgl. Eriksson S. 153/4; Marti, HGF, S. 136 f.; Moser, Ausländer, S. 369; Pfanner S. 140 f.

⁶²⁷ Zur Kostenfrage vgl. die "Verordnung über die Gebühren zum BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer" vom 20. April 1983 (SR 142.241; Gebührenverordnung ANAG) bzw. die spezielleren kantonalen Gebührentarife (vgl. vorne Anhang, Abschnitt 9.2., S. 252).

⁶²⁸ Art. 5 Abs. 1 ANAG; Art. 23 Abs. 1 BVO; Art. 10 Abs. 2 ANAV.

⁶²⁹ So die Kantone Basel-Land, Graubünden, Schaffhausen und Thurgau.

⁶³⁰ Vgl. auch Art. 9 Abs. 1 lit. b ANAG.

⁶³¹ Daher könnte z. B. einem alle für die Grenzgängerbewilligung erforderlichen Voraussetzungen erfüllenden Ausländer, der je um eine Halbtagsstelle in zwei verschiedenen Kantonen nachsucht, nur in einem Kanton eine Bewilligung erteilt werden.

4. DIE ANWESENHEITSREGELUNG EINES ZUGELASSENEN GRENZGAENGERS

4.1. Der örtliche Geltungsbereich der Grenzgängerbewilligung

4.1.1. Grundsatz der Tätigkeit innerhalb der Grenzzone

Der spezielle Charakter der Grenzgängerbewilligung, der die Komponente der Arbeitsbewilligung in den Vordergrund stellt, zeigt sich v. a. darin, dass nicht ein genereller Aufenthalt im Kantonsgebiet zugesichert ist, sondern grundsätzlich nur das Aufsuchen des Arbeitsplatzes und das dortige Verweilen. Da die Zulassung ausdrücklich auf die Erwerbstätigkeit innerhalb der Grenzzone beschränkt ist⁶³², bezieht sich der örtliche Geltungsbereich grundsätzlich nur auf den in der Bewilligung aufgeführten Arbeitsort⁶³³. Darüber hinaus steht dem Grenzgänger aus seiner Bewilligung weder ein Aufenthaltsrecht für das schweizerische noch für das ganze Kantonsgebiet zu⁶³⁴. Es wäre jedoch unsinnig und unverhältnismässig, diesen Grundsatz in der Weise anzuwenden, dem Grenzgänger jedwede Erwerbsanwesenheit ausserhalb des Arbeitsortes zu untersagen. Im Sinne des Art. 8 Abs. 2 ANAG bzw. Art. 14 Abs. 5 ANAV zu Grunde liegenden Gedankens ist auch dem Grenzgänger ohne Bewilligung ein kurzfristiges Verweilen ausserhalb des Geltungsbereiches der Bewilligung gestattet, wenn es sich lediglich um eine Nebentätig-

⁶³² Art. 23 Abs. 3 BVO

⁶³³ Unter Arbeitsort ist dabei derjenige Ort zu verstehen, wo die zukünftige Arbeitsleistung erbracht werden soll. Unmassgeblich erscheint dagegen der Sitz des Arbeitgebers.

⁶³⁴ Gl. M. Macheret, Législation, S. 274. In ausdehnender Auslegung kann man diese örtliche Einschränkung als eine Ausnahmeverfügung i. S. v. Art. 14 Abs. 2 ANAV bezeichnen. Im Hinblick auf Kantone mit einem längeren Grenzabschnitt ist es von Bedeutung, dass grundsätzlich auch davon abgesehen werden muss, die ganze Grenzzone in den örtlichen Geltungsbereich miteinzubeziehen, vgl. dagegen Entwurf Art. 27 Abs. 2.

keit der eigentlichen Berufsausübung handelt⁶³⁵.

Sobald es sich aber nicht mehr nur um eine gelegentlich nebenbei anfallende Erledigung, sondern um die eigentliche Haupttätigkeit handelt, ist dafür eine Bewilligung einzuholen. Art. 23 Abs. 3 2. Satz BVO bestimmt, dass das BIGA ausnahmsweise⁶³⁶ eine vorübergehende⁶³⁷, befristete Tätigkeit ausserhalb der Grenzzone erlauben könne, wenn der Grenzgänger in einem Betrieb in der Grenzzone fest angestellt sei. Dabei handelt es sich aber um keine selbständige Bewilligung, sondern um eine Zustimmung, die es dem Bewilligungskanton ausnahmsweise erlaubt, den örtlichen Geltungsbereich auf ein weiteres Kantonsgebiet auszudehnen. Erstreckt sich die bewilligte Tätigkeit darüber hinaus auf das Gebiet eines anderen Kantons für länger als acht Tage, so ist dem Gedanken von Art. 8 Abs. 2 ANAG zufolge auch das Einverständnis⁶³⁸ desselben notwendig.

Für den Grenzgänger ausser Betracht fällt jedoch eine selbst durch das kantonale Einverständnis bewilligte Verlegung des Schwerpunktes der Tätigkeit. Da diese den alleinigen Inhalt der Grenzgängerbewilligung darstellt, entspricht die Schwerpunktsverlagerung in einen anderen Kanton einem Kantonswechsel. Daher ist in solchen Fällen eine neue Grenzgängerbewilligung unter erneuter Abklärung

⁶³⁵ Gemeint sind mit der Haupttätigkeit zusammenhängende Arbeiten wie z. B. Besorgungen, Lieferungen oder Besprechungen, soweit diese nicht die eigentliche Haupttätigkeit darstellen.

⁶³⁶ Vgl. BIGA, 1986, S. 65.

⁶³⁷ Als "vorübergehend" wird in Art. 8 Abs. 2 ANAG i. V. m. Art. 14 Abs. 5 ANAV eine Frist von 8 Tagen betrachtet. Das verworfene Ausländergesetz hätte diese auf drei Monate ausgedehnt, vgl. BBl. 1978 II 209.

⁶³⁸ Dieses "Einverständnis" richtet sich auch nach der Wirtschafts- und Arbeitsmarktslage, stellt aber keine eigenständige Bewilligung dar, sondern dehnt im Sinne einer Nebenbestimmung den Geltungsbereich der Aufenthaltsbewilligung aus, vgl. dazu BFA-Weisungen A 321; Macheret, Immigration, S. 99; Marti, HGF, S. 138; Moser, Ausländer, S. 421; Ruth N 107, 113; Wüthrich N 54, 711.5 sowie Pfanner S. 152, der von einer "akzessorischen Bewilligung" spricht. In Entwurf Art. 40 lit. b wäre diesbezüglich sogar eine Anspruchsregelung vorgesehen gewesen.

der Bewilligungsvoraussetzungen erforderlich. Bei einer derartigen Verlagerung innerhalb des Kantons ist ebenfalls eine neue Bewilligung nötig, da die Bestimmungen der ursprünglichen Bewilligung zumindest teilweise nicht mehr eingehalten werden.

4.1.2. Aufenthalt ausserhalb der Erwerbstätigkeit

In Notsituationen sollte trotz des Grundsatzes der täglichen Rückkehr eine Uebernachtung in der Schweiz gestattet sein⁶³⁹. Darüber hinaus ist aber - wie alle anderen Fremden - auch der in der Schweiz als Grenzgänger tätige Ausländer berechtigt, sich während einer gewissen Zeit ohne besondere Bewilligung zu touristischen Zwecken⁶⁴⁰ in der Schweiz aufzuhalten. Die diesbezüglich für den als Grenzgänger tätigen Grenzanwohner wesentlichen Bestimmungen finden sich einerseits in den landesrechtlichen Zulassungsbestimmungen⁶⁴¹, andererseits in den abgeschlossenen Abkommen über die Personen im kleinen Grenzverkehr⁶⁴². Mit diesem Aufenthaltsrecht in Widerspruch steht dagegen die der Grenzgängerbewilligung inwohnende Pflicht, die Schweiz nach Verrichtung der Erwerbstätigkeit zu verlassen, da dies grundsätzlich der einzige von ihm angestrebte Aufenthaltswitz ist⁶⁴³. Die Konsequenz dieses Konfliktes läge wohl darin, dass der Grenzgänger, der die Schweiz zu touristischen

⁶³⁹ Gl. M. Paetzold, Grenzgänger, S. 6.

⁶⁴⁰ Allgemein zum Touristenaufenthalt Paetzold, Ausländer, S. 2 f.

⁶⁴¹ Aufgrund von Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 erster Satz ANAG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 7 ANAV dürfte sich ein wiederholt einreisender, der dreimonatigen Anmeldefrist unterstehender Ausländer, soweit der einzelne Aufenthalt drei Monate nicht übersteigt, während sechs Monaten pro Jahr ohne Anmeldung in der Schweiz tatsächlich aufhalten.

⁶⁴² So z. B. mit der Bundesrepublik Deutschland (SR 0.631.256.913.63), wo in Art. 2 Abs. 1 und 2 die Erteilung einer Grenzkarte vorgesehen ist, die es dem Grenzanwohner ermöglicht, die Grenze beliebig oft zu überschreiten und sich ohne weitere Aufenthaltserlaubnis bis zu drei Tagen in der anderen Grenzzone aufzuhalten.

⁶⁴³ Vgl. Art. 10 Abs. 3 ANAV.

Zwecken besuchen möchte, nach getaner Arbeit die Grenze zum Wohnsitzstaat passieren müsste, um dann sofort wieder als Tourist einreisen und ev. sogar übernachten zu können⁶⁴⁴. Dieses Vorgehen wäre jedoch, abgesehen von den damit verbundenen Beweisschwierigkeiten, als übertriebener Formalismus zu bezeichnen. Für die Beurteilung der Frage, ob der Grenzgänger den fremdenpolizeilichen Vorschriften zuwidergehandelt hat, ist daher massgebend, ob die Uebernachtung alleine deshalb erfolgte, um sich den Arbeitsweg zu ersparen, oder ob dies wirklich mit dem Genuss eines touristischen Aufenthaltes⁶⁴⁵ verbunden war. Die Feststellung des subjektiven Willens kann sich aber auch unter Berücksichtigung der objektiven Umstände im Einzelfall als ausserordentlich schwierig erweisen. Wo die Umgehungsabsicht nicht eindeutig festgestellt werden kann, dürfen dem Grenzgänger einzelne Uebernachtungen daher nicht zum Vorwurf gemacht werden. Es darf denn auch nicht übersehen werden, dass das Erfordernis der täglichen Rückkehr nur Mittel zu dem Zweck ist, einen intensiveren Anwesenheitsstatus zu verhindern⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ Keine Probleme ergeben sich demgegenüber während der Ferien des Grenzgängers, da damit sein Touristenstatus sichergestellt ist.

⁶⁴⁵ So z. B. der Besuch besonderer Anlässe oder von Bekannten. Ein Sonderfall würde etwa die Situation darstellen, in der die Familie während der Tätigkeit des Grenzgängers den Urlaub an seinem Arbeitsort verbringt.

⁶⁴⁶ Die (fremden)polizeilichen Nachforschungen beschränken sich daher zumeist auf die Prüfung, ob der Grenzgänger in der Schweiz einen Wohnsitz oder zumindest einen wohnsitzähnlichen Aufenthalt begründet hat.

4.2. Der Kantons-, Berufs- und Stellenwechsel

4.2.1. Allgemeine Bemerkungen

Wurde dem Grenzgänger eine Bewilligung einmal erteilt, so bezieht sich diese auf eine ganz bestimmte Arbeitsstelle innerhalb einer bestimmten Berufssparte auf einem festgelegten Gebiet des betreffenden Kantons⁶⁴⁷. Die vorherigen Abklärungen bezogen sich nur auf diesen Bewilligungsinhalt. Da dem Grenzgänger aber mit der Zulassung keine Freizügigkeit garantiert wird, benötigt er für eine Aenderung seiner Situation durch einen Stellen-, Berufs- oder Kantonswechsel erneut die Zustimmung der Behörden⁶⁴⁸. Diese haben abzuklären, ob auch unter den neuen Verhältnissen die Zulassungsvoraussetzungen gegeben sind. Da damit aber der Hauptinhalt der Bewilligung neu gefasst wird, kommt die Gewährung eines Stellen-, Berufs- oder Kantonswechsels der Erteilung einer neuen Bewilligung gleich⁶⁴⁹.

Es besteht heute die Tendenz, den Stellen- und Berufswechsel grundsätzlich gleich zu behandeln⁶⁵⁰. Dem kann jedoch nicht vorbehaltlos gefolgt werden, da der Berufswechsel die Grundvoraussetzungen in grösserem Masse betrifft als ein Stellenwechsel. So hat ein Stellenwechsel, insbesondere dann, wenn die bisherige Arbeitsstelle wieder aus dem einheimischen Arbeitsmarkt besetzt wird, auf die marktwirtschaftliche Bewilligungskomponente keinen Einfluss und sind dahingehend deshalb keine weiteren Abklärungen nötig. Innerhalb der Geltungsdauer der Bewilligung würde daher eine blossе Mel-

⁶⁴⁷ Vgl. Pfanner S. 155.

⁶⁴⁸ Soweit die Arbeitsmarktbehörde nicht allein zuständig ist, bedarf es ihrer Stellungnahme, Art. 43 Abs. 1 lit. b BVO.

⁶⁴⁹ Vgl. Marti, HGF, S. 153; demgegenüber Hofstetter S. 159, Moser, Ausländer, S. 399 N 149 und Ruth N 106, deren Ausführungen sich aber auf die Jahresaufenthaltsbewilligung beziehen, bei der die Anwesenheit zur Erwerbstätigkeit nicht den alleinigen Inhalt der Bewilligung darstellt.

⁶⁵⁰ Vgl. Art. 29 BVO; Entwurf Art. 43.

depflicht zur Ueberprüfung der Lohn- und Arbeitsbedingungen wie auch der Person des neuen Arbeitgebers genügen. Bei einem Berufswechsel können hingegen die bei der ursprünglichen Bewilligungserteilung vorgenommenen Untersuchungen nicht mehr verwendet werden, sondern sind die in der neuen Branche bestehenden Grundvoraussetzungen zu berücksichtigen. Daher müssten beim Berufswechsel grundsätzlich weitergehende Abklärungen vorgenommen werden als beim Stellenwechsel; bei diesem könnten dagegen in weiterem Masse die Interessen des Ausländers berücksichtigt werden⁶⁵¹.

Bis zum Erlass der BVO waren weder der Kantons- noch der Berufs- und Stellenwechsel in befriedigender Weise geregelt. Während der Stellen- und Berufswechsel in Art. 3 Abs. 5 und 6 ANAV zumindest ihrem Grundsatz nach geregelt wurden, fehlte, sieht man von der in Art. 8 Abs. 3 ANAG festgesetzten Anmeldepflicht ab, eine klare Fixierung des Kantonswechsels. Heute sind der Stellen-, Berufs- und Kantonswechsel in Art. 29 BVO geregelt⁶⁵². In Art. 29 Abs. 1 BVO ist für alle drei Fälle eine Stellungnahme⁶⁵³ der kantonalen Arbeitsmarktbehörde vorgesehen. Darüber hinaus ist eine Frist von einem Jahr festgelegt worden, während der, abgesehen von wichtigen Gründen, die Bewilligung nicht erteilt wird⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ In diesem Sinne auch die nunmehr durch Art. 57 Abs. 2 BVO aufgehobenen Abs. 5 und 6 von Art. 3 ANAV sowie Art. 5 lit. c und d des französischen Grenzgängerabkommens von 1958 (SR 0.142.113.498).

⁶⁵² Im Gegensatz zu den Art. 14 bis 16 BVO 1983 (AS 1983, 1446), die aufgrund von Art. 3 Abs. 3 auf die Grenzgänger ausdrücklich nicht anwendbar waren (unzutreffend dazumal BFA-Weisungen A 322), unterstehen heute auch die Grenzgänger dieser Ordnung.

⁶⁵³ Vgl. dazu hinten Abschnitt 3.4.2., S. 124.

⁶⁵⁴ Art. 29 Abs. 2 und 3 BVO. Damit soll im Interesse der Arbeitgeber wie auch der staatlichen Produktivität ein einmal in die Tätigkeit eingeführter Ausländer während einer Minimalzeit am gleichen Ort beschäftigt bleiben, vgl. Bericht SK S. 119; Niederberger S. 49. Aus diesem Zweckgedanken folgt auch, dass immer dann von einem wichtigen Grund auszugehen ist, wenn der ausländische Arbeitnehmer unverschuldet in die Lage kommt, um eine neue Bewilligung nachsuchen zu müssen. Dies bedeutet aber nur, dass ihm vor Ablauf der Jahresfrist eine Bewilligung erteilt werden kann, hingegen nicht, dass er

4.2.2. Der Kantonswechsel

Für den Grenzgänger ist ein Kantonswechsel in nur beschränktem Masse vollziehbar, da er durch die besonderen für ihn geltenden Unterstellungsvoraussetzungen räumlich sehr stark gebunden ist. Trotzdem ist ein solcher durchaus möglich, sei es, dass der Ausländer in einem dafür günstigen Gebiet Wohnsitz hat⁶⁵⁵ oder er seinen ausländischen Wohnsitz wechselt⁶⁵⁶.

Da die Grenzgängerbewilligung nur auf dem bewilligten Kantonsgebiet, nicht aber in einem anderen Kanton Gültigkeit besitzt, ist bei einem Kantonswechsel erneut eine Bewilligung einzuholen⁶⁵⁷. Dadurch sollen die anderen Kantone vor einer Aufzwingung von Ausländern sowie vor einer gegenseitigen Konkurrenzierung durch ausländische Arbeitskräfte geschützt werden⁶⁵⁸.

Bezüglich der einjährigen Karenzzeit wird in Art. 29 Abs. 3 2. Satz BVO festgelegt, dass bei einer früheren Bewilligungserteilung aus wichtigem Grund auch die Zustimmung des Kantons notwendig ist, in dem der Ausländer bisher gearbeitet hat. Darüber hinaus enthält die BVO keine weiteren Vorgaben, so dass grundsätzlich die bei der erstmaligen Zulassung beschriebenen Voraussetzungen mass-

auf die Bewilligungserteilung einen Anspruch hat. Zu Recht keine Anerkennung als eigenständiger "wichtiger Grund" findet die Auflösung des Arbeitsverhältnisses in gegenseitigem Einverständnis, vgl. BIGA, 1986, S. 74.

⁶⁵⁵ Z. B. in einer ausländischen Grenzzone, die von mehreren Kantonen als "benachbart" angesehen wird. So kommt z. B. für einen Ausländer mit Wohnsitz in Lörrach eine Grenzgängerbewilligung in den Kantonen Basel-Land, Basel-Stadt, Aargau, Solothurn sowie Jura in Frage.

⁶⁵⁶ Dabei ist zu beachten, dass der Ausländer seinen ordentlichen Wohnsitz seit mindestens sechs Monaten in der "benachbarten" Grenzzone haben muss, vgl. hiezu hinten Abschnitt 3.2.1.2., S. 91.

⁶⁵⁷ ANAG Art. 8 Abs. 1 und sinngemäss Abs. 3; Art. 29 Abs. 1 BVO; vgl. Eriksson S. 172; Reymond S. 370; Ruth N 54; kritisch dazu Macheret, Immigration, S. 30.

⁶⁵⁸ Vgl. Marti, HGF, 164; Pfanner S. 56. Einer interkantonalen Freizügigkeit müsste daher eine Gesetzesrevision von Art. 8 ANAG vorangehen, gl. M. Bericht SK S. 125, 186. Daher ist es auch nicht richtig, für die Voraussetzungen des Kantonswechsels auf die Vorschriften über den Stellenwechsel zu verweisen, so BIGA, 1986, S. 74.

geblich sind⁶⁵⁹. Der Grenzgänger kann daher gestützt auf das innerstaatliche Recht aus der bisherigen Erwerbstätigkeit in einem anderen Kanton keinen Anspruch auf eine Bewilligungserteilung erheben. Es liegt daher im kantonalen Ermessen, ob die Bewilligung erteilt und damit der Kantonswechsel bewilligt wird⁶⁶⁰. Dabei orientieren sich die Kantone gegenseitig über die ausländischen Wanderbewegungen⁶⁶¹. Einem bisher in der Schweiz tätigen Grenzgänger kommt jedoch, soweit der einheimische Arbeitsmarkt ausgeschöpft ist, die in Art. 7 Abs. 3 BVO vorgesehene Vorzugsstellung gegenüber Gesuchen zum erstmaligen Stellenantritt zu⁶⁶². Ausserdem hat das BIGA die Ansicht vertreten, dass allgemein die Interessen der betroffenen Ausländer, soweit es nicht um die erstmalige Zulassung gehe, mitzubücksichtigen seien⁶⁶³.

Mit der Erteilung einer neuen Bewilligung erlischt sowohl die frühere Erlaubnis wie auch alle mit dieser im Zusammenhang stehenden Einverständnisse i. S. v. ANAG 8 Abs. 2⁶⁶⁴.

4.2.3. Der Berufswechsel

Mit dem Berufswechsel beabsichtigt der Grenzgänger, eine andere als die ihm bewilligte Tätigkeit auszuüben. Von dieser Aenderung wird der arbeitsmarktliche Aspekt ev. ausserordentlich stark

⁶⁵⁹ Vgl. hinten Abschnitt 3.3., S. 105. Dabei sind die kantonalen Behörden v. a. nicht an die (Ermessens)Entscheide der Instanzen des vorhergehenden Bewilligungskantons gebunden.

⁶⁶⁰ BGE 109 Ib 182 Erw. 2a.

⁶⁶¹ Vgl. Weber S. 78.

⁶⁶² Paetzold, Grenzgänger, S. 7; vgl. dazu die besondere Regelung im Briefwechsel mit Italien von 1978, Ziff. 4, die jedoch gegenüber Art. 7 Abs. 3 BVO zu keiner Besserstellung führt. So zumindest in BIGA, 1983, S. 93; insbesondere ist dem bisherigen Verhalten des Grenzgängers in der Schweiz starke Beachtung zu schenken.

⁶⁶⁴ Art. 9 Abs. 1 lit. b ANAG; Art. 14 Abs. 6 2. Satz ANAV. Ev. ist sie aber bereits vorher wegen mangelnder Ausnützung i. S. v. Art. 9 Abs. 1 lit. c ANAG erloschen, vgl. vorne Abschnitt 5.2.3., S. 165.

betroffen, unterscheidet sich doch die Lage auf dem Arbeitsmarkt je nach der Branche oftmals erheblich. Bei einer offeneren Gestaltung der Vorschriften über den Berufswechsel besteht die Gefahr der Wanderung von Mangelberufen zu den begehrteren Wirtschaftszweigen⁶⁶⁵. Es rechtfertigt sich daher, den Berufswechsel bewilligungspflichtig zu erklären und die durch den Wechsel veränderten Umstände zu prüfen⁶⁶⁶. Für die Zulassungsvoraussetzungen des Berufswechsels kann, da damit in der Regel auch eine neue Stelle angetreten wird, grundsätzlich auf die entsprechenden Ausführungen zum Stellenwechsel verwiesen werden⁶⁶⁷.

Eine spezielle Bundesregelung fand einzig der Berufswechsel beim gleichen Arbeitgeber. Art. 29 Abs. 6 BVO lässt diesbezüglich den Berufswechsel nach einem Jahr ohne Einholung einer Bewilligung zu, wenn nicht der Kanton eine anderweitige Regelung trifft⁶⁶⁸. Diese Ausnahmeregelung erscheint allerdings im Hinblick auf den Vorrang der einheimischen Arbeitskräfte äusserst fragwürdig⁶⁶⁹.

4.2.4. Der Stellenwechsel

Die geringsten Auswirkungen in bezug auf die arbeitsmarktklichen Voraussetzungen hat ein Stellenwechsel innerhalb der kantonalen Grenzzone⁶⁷⁰, der allein eine Veränderung in der Person des Ar-

⁶⁶⁵ Vgl. Bericht SK S. 86; Pfanner S. 157. Darüber hinaus bestünde auch die Möglichkeit, die Zulassungsbeschränkungen in gewissen Branchen zu umgehen; gl. M. Hauser, Arbeitskräfte, S. 26/7.

⁶⁶⁶ Vgl. aber Bericht SK S. 118, wonach der Uebergang zur Tätigkeit mit höheren Anforderungen erleichtert werden sollte. BIGA, 1986, S. 74; nachfolgend Abschnitt 4.2.4., S. 147.

⁶⁶⁷ Kann der Kanton die Bewilligungspflicht einführen, kann er nach dem Grundsatz a maiori ad minus auch weniger weit gehende Einschränkungen vorsehen.

⁶⁶⁸ Pfanner (S. 157 N 30) sieht als Grund dieser Regelung Kontrollschwierigkeiten und praktische Bedürfnisse der Arbeitgeber.

⁶⁷⁰ Andernfalls würde schon der Kantonswechsel eine neue Bewilligung erfordern.

beitgebers mit sich bringt. Deshalb müssten an ihn eigentlich geringere Anforderungen geknüpft sein. Diese Ansicht fand im heute aufgehobenen Art. 3 Abs. 5 ANAV auch eine Bestätigung, indem, soweit keine anderweitige Anordnung erfolgte, eine Bewilligung als nicht notwendig erachtet wurde⁶⁷¹. Mit der "Verfügung des EJPD über den Stellenwechsel ausländischer Arbeitskräfte" vom 21. März 1949⁶⁷² wurde jedoch auch für den Stellenwechsel schon frühzeitig eine grundsätzliche Bewilligungspflicht eingeführt⁶⁷³. Heute ist die Bewilligungspflicht für den Stellenwechsel in Art. 29 Abs. 1 BVO verankert⁶⁷⁴.

Nach Art. 29 Abs. 4 BVO wird der Stellenwechsel "nach einem ordnungsgemässen⁶⁷⁵ und ununterbrochenen⁶⁷⁶ Aufenthalt von einem Jahr bewilligt", wenn:

- a) der bisherige Arbeitsvertrag ordnungsgemäss aufgelöst worden ist und dem Antritt der neuen Stelle nach den Vorschriften des Bundes nichts entgegensteht und

⁶⁷¹ Vgl. Moser, Ausländer, S. 399; Ruth N 106; zur praktischen Entwicklung in der Praxis Bericht SK S. 75 N 1; Kleemann S. 25.

⁶⁷² AS 1972, 200; Reymond S. 371 kritisiert diese in verschiedener Weise in formeller Hinsicht; gl. M. Rapp S. 293 N 83. Diese Verfügung wurde durch Art. 57 Abs. 1 Ziff. 4 BVO aufgehoben.

⁶⁷³ Diese war, da sie von der grundsätzlichen Typisierung des ANAG ausgeht, auch auf den Grenzgänger anwendbar; zweifelnd Reymond S. 371.

⁶⁷⁴ Das Bewilligungserfordernis wird damit begründet, dass ansonsten eine Wanderung von kleinen Betrieben zu Grossbetrieben oder aus den ländlichen Gebieten in die Industriezentren erfolgen würde. Damit verbunden wäre auch ein lohntreibendes Abwerben ausländischer Arbeitskräfte, was inflationäre Tendenzen und die Existenzgefährdung gewisser Branchen und Regionen mit sich bringe, vgl. Bericht SK S. 75; Hauser, Arbeitskräfte, S. 26; Niederberger S. 49, 62, 73; im Sinne einer optimalen Einsetzung der ausländischen Arbeitskräfte aber für eine Lockerung der Bewilligungspflicht Bericht SK S. 124 f., 186.

⁶⁷⁵ Das Arbeitsverhältnis ist dann "ordnungsgemäss", wenn sich der Arbeitnehmer nicht vertragswidrig verhält und keine Entlassung aus wichtigem Grund provozierte, vgl. Pfanner S. 155.

⁶⁷⁶ Dem angestrebten Zweck entsprechend sollte ein reines Nettjahr gefordert werden. In der Praxis wirken die vom Arbeitsrecht erfassten Absenzen wie Ferien und Krankheit aber nicht unterbrechend.

- b) die Aufenthaltsbewilligung nicht von vornherein für eine bestimmte befristete Tätigkeit erteilt worden ist.

Aus der Formulierung "wird...bewilligt" schliesst ein Teil der h. L., dass damit ein Rechtsanspruch auf eine Bewilligungserteilung besteht⁶⁷⁷. Dieser Ansicht kann aber sowohl aus formellen wie auch aus materiellen Gründen nicht gefolgt werden. Formal steht einer Anspruchseinräumung entgegen, dass sich deren rechtliche Grundlage nur in einer Verordnung des Bundesrates findet. Sowohl im Hinblick auf das Aufzwingungsverbot von Ausländern gegenüber den Kantonen als auch der allgemeinen Bedeutung dieser Rechtsnorm ist aber eine Verankerung in einem Bundesgesetz notwendig⁶⁷⁸. Materiell ist einzuwenden, dass die Vorschriften des Bundes weiterhin vorbehalten werden. Damit finden die restriktiven Zulassungsbestimmungen⁶⁷⁹ und die damit einhergehende Ermessensbetätigung der Behörden weiterhin Anwendung. Bei der Prüfung des Stellenwechsels werden daher die gleichen arbeitsmarktlichen Abklärungen getroffen wie schon im erstmaligen Bewilligungsverfahren⁶⁸⁰. Demzufolge ist ein Bewilligungsanspruch abzulehnen⁶⁸¹. Berücksichtigung finden jedoch das bisherige Verhalten des Grenzgängers, die Prioritätsklausel gemäss Art. 7 Abs. 3 BVO und, soweit möglich, auch seine Interessen. Darüber hinaus wird aber besonders dem Auflösungsgrund des bisherigen Arbeitsverhältnisses Beachtung geschenkt.

Als besonders stossend an dieser gesetzlichen Regelung

⁶⁷⁷ Vgl. BBl. 1978 II 218; Fehr Ziff. 1.44.3 ff.; Hofstetter S. 162; Rapp S. 294; Reymond S. 372; in ähnlichem Zusammenhang Moor/Hofstetter S. 40 N. 56.

⁶⁷⁸ Gl. M. Kottusch, Niederlassungsbewilligung, S. 523; Pfanner S. 153 ff. Dies umso mehr, als der Gesetzgeber mit der Ablehnung eines neuen Ausländergesetzes auch einen derartigen Anspruch abgelehnt hat, vgl. Entwurf Art. 43 Abs. 2.

⁶⁷⁹ Vgl. die Erwähnung des Stellenwechsels in Art. 7 Abs. 1 BVO; BIGA, 1986, S. 73.

⁶⁸⁰ Vgl. hinten Abschnitt 3.3.2., S. 108.

⁶⁸¹ Vgl. dazu BGE 110 Ib 300: "Ein ... Rechtsanspruch ist dann anzunehmen, wenn die Voraussetzungen...in einem Erlass (Gesetz oder Verordnung) erschöpfend umschrieben werden und der Entscheid...nicht dem Ermessen der Verwaltung anheimgestellt ist...".

erscheint hierbei die Neu Beurteilung der arbeitsmarktlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, v. a. dann, wenn ein Stellenwechsel unabhängig vom Verhalten des Grenzgängers erforderlich wird⁶⁸². In diesen Fällen sollten die Interessen der Grenzgänger eine stärkere Gewichtung gegenüber den wirtschaftlichen Ueberlegungen erhalten. Dies deshalb, weil im Gegensatz zum Berufs- und Kantonswechsel die massgeblichen Abklärungen vormals schon erfolgten und gestützt darauf ein grundsätzlich nicht entziehbares Recht erteilt wurde⁶⁸³. Deshalb wie auch im Hinblick auf die Stellung des Grenzgängers als Arbeitnehmer⁶⁸⁴ scheint es gerechtfertigt, den Interessen des Grenzgängers den Vorzug zu geben und einen Stellenwechsel innerhalb der Geltungsdauer der Bewilligung grundsätzlich zuzulassen, soweit die übrigen Bedingungen als erfüllt betrachtet werden können⁶⁸⁵.

⁶⁸² So z. B. im Falle konjunktureller Entlassungen, bei Konkursen oder arbeitgeberischen Fehlverhalten.

⁶⁸³ Da die allfällig veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse ohne Stellenwechsel auf die Geltungsdauer der Grenzgängerbewilligung keinen Einfluss gehabt hätten, ist es ungerechtfertigt, diese bei der Beurteilung des Gesuches um einen Stellenwechsel zum tragen kommen zu lassen. Damit nähert man sich dem Institut des Widerrufs.

⁶⁸⁴ Mit der heutigen Regelung ist es möglich, dass der Ausländer aufgrund der Abhängigkeit von der Beschäftigung einem gewissen Druck des Arbeitgebers ausgesetzt sein kann. Allerdings erachten die Behörden des Kantons Zürich den Arbeitgeber für verpflichtet, den Grenzgänger bis zum Ablauf der Bewilligungsdauer zu beschäftigen. Entlässt der Arbeitgeber den Grenzgänger grundlos und gegen dessen Willen, so können ihm daraus Nachteile bei einem späteren Gesuch entstehen. Fehlt in den gesetzlichen Bestimmungen eine solche Verpflichtung des Arbeitgebers und damit auch die gesetzliche Grundlage des behördlichen Handelns, ist diese Schutzfunktion der Ausländerbehörden rechtspolitisch zu begrüssen. Vgl. zur privatrechtlichen Stellung des Arbeitgebers Rapp S. 194.

⁶⁸⁵ Zu überprüfen blieben neben dem bisherigen Verhalten des Ausländers, für das auf die Widerrufs- und Ausweisungsgründe abzustellen wäre, insbesondere die Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie die besonderen, den Arbeitgeber betreffenden Voraussetzungen.

4.2.5. *Staatsvertragliche Bestimmungen zum Kantons-, Berufs- und Stellenwechsel*

4.2.5.1. *Allgemeine Bemerkungen*

Eine vom innerstaatlichen Recht abweichende Rechtslage kann sich aus den Staatsverträgen ergeben, die als Rechtsquellen nach der Praxis des Bundesgerichts dem Landesrecht vorgehen⁶⁸⁶. Den liechtensteinischen Grenzgängern steht, da ihnen allgemein ein bewilligungsfreier Status zusteht⁶⁸⁷, der Kantons-, Berufs- und Stellenwechsel jederzeit offen. Keine speziellen Vereinbarungen finden sich für die deutschen und österreichischen Grenzgänger, weshalb sie, wie auch alle nicht das Bürgerrecht unserer Nachbarstaaten besitzenden Grenzgänger, der bisher dargelegten innerstaatlichen Regelung unterworfen sind. Mit Frankreich und Italien bestehen jedoch besondere Vertragsabreden bezüglich der Stellung ausländischer Arbeitnehmer in der Schweiz, weshalb auf diese Bestimmungen kurz einzutreten ist.

4.2.5.2. *Die französischen Grenzgänger*

Die Grenzgängervereinbarung mit Frankreich von 1958⁶⁸⁸ enthält in Art. 5 lit. c und d folgende Regelung:

"c) Für den Wechsel des Berufes ist, ohne Rücksicht auf die Dauer der Tätigkeit des Grenzgängers, eine besondere Bewilligung erforderlich.

d) Zum Stellenwechsel im gleichen Beruf ist während der beiden ersten Jahre eine Bewilligung erforderlich. Nachher ist

⁶⁸⁶ Vgl. BGE 110 Ib 86 m. w. H.

⁶⁸⁷ Siehe hinten Abschnitt 3.2.1.5., S. 101.

⁶⁸⁸ SR 0.142.113.498.

er ohne besondere Bewilligung zulässig; der Grenzgänger ist jedoch verpflichtet, den Stellenwechsel unverzüglich den Behörden zu melden."

In bezug auf den Berufswechsel und während der ersten beiden Jahre auch für den Stellenwechsel entspricht das Abkommen der innerstaatlichen Gesetzgebung. Ab dem zweiten Grenzgängerjahr⁶⁸⁹ haben vom Abkommen erfasste⁶⁹⁰ französische Grenzgänger hingegen einen Anspruch darauf, ohne weitere behördliche Verfügung aber unter Auferlegung einer sofortigen Meldepflicht ihren Arbeitgeber wechseln zu können.

4.2.5.3. Die italienischen Grenzgänger

Soweit der Staatsvertrag von 1964 auch auf die italienischen Grenzgänger Anwendung findet⁶⁹¹, ist Art. 11 Abs. 1 lit. b massgebend:

"1. Italienische Arbeitskräfte geniessen nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von wenigstens fünf Jahren folgende Vorzugsbehandlung:...

b. Sie erhalten in jedem Kanton die Bewilligung für den Stellenwechsel und für die Ausübung eines andern Berufes als unselbständig Erwerbende."

Damit hat der italienische Grenzgänger nach einer fünfjährigen ordnungsgemässen und ununterbrochenen Erwerbstätigkeit⁶⁹² einen

⁶⁸⁹ Zur Berechnung dieser Frist, insbesondere deren Unterbrechung vgl. Art. 6 des Vertrages, dazu auch vorne Abschnitt 4.3.2.2., S. 158.

⁶⁹⁰ Zum persönlichen Geltungsbereich vgl. hinten Abschnitt 2.4.3.3., S. 74.

⁶⁹¹ Vgl. hinten Abschnitt 2.4.3.5., S. 76.

⁶⁹² Vgl. zur Fristbestimmung vorne Abschnitt 4.3.2.3., S. 159.

Anspruch auf die Bewilligung des Berufs- und Stellenwechsels. Im Gegensatz zur französischen Regelung bleibt der italienische Grenzgänger aber weiterhin der Bewilligungspflicht unterstellt. Im Falle einer schweren Arbeitslosigkeit⁶⁹³ ist der Anspruch durch Art. 11 Abs. 2 jedoch darauf beschränkt, dass die "Tätigkeit als unselbständig Erwerbender in einem anderen, nicht von der Arbeitslosigkeit betroffenen Beruf" zu gestatten ist.

Kaum weitergehende Bestimmungen enthält der im Zusammenhang mit dem Abkommen über die Arbeitslosenversicherung mit Italien vom 12. Dezember 1978⁶⁹⁴ ausgetauschte Briefwechsel⁶⁹⁵. Dieser sieht in Ziff. 4 vor, dass die zuständigen schweizerischen Behörden den Arbeitgebern empfehlen, Grenzgänger, die "nach mindestens einjähriger Arbeit in der Grenzzone ihre Beschäftigung aus wirtschaftlichen Gründen verloren haben, vor der Anstellung neuer Grenzgänger den Vorzug zu geben", und des weitern, gemäss Ziff. 5, den kantonalen Amtsstellen empfehlen, die Bewilligung zu erteilen, "wenn sie vom Arbeitgeber tatsächlich bevorzugt werden". Diese Bestimmungen gehen in ihrer materiellen Bedeutung nicht über die sich aufgrund von Art. 7 Abs. 3 BVO ergebende Besserstellung bereits in der Schweiz anwesender stellensuchender Grenzgänger gegenüber neuen Grenzgänger hinaus. Keinesfalls kann daraus ein Anspruch auf eine Bewilligung zum Stellen- oder Berufswechsel abgeleitet werden.

In zwei neueren unveröffentlichten Entscheiden⁶⁹⁶ hat das Bundesgericht dem Briefwechsel trotzdem eine besondere Bedeutung beigemessen. Zwar verneinte es einen Anspruch auf eine Bewilli-

⁶⁹³ Dieser Begriff ist heute kaum genauer zu bestimmen. Der Entscheid über deren Vorliegen sollte jedoch vom Bund in Form einer generellen Anordnung ausgehen.

⁶⁹⁴ SR 0.837.945.4.

⁶⁹⁵ Zu diesem Resultat gelangt man auch, wenn die Anwendung des Abkommens von 1964 verneint wird.

⁶⁹⁶ BGE vom 7. Juni 1984 i. S. Ilpack Werk AG c. Kt. Tessin S. 14 ff. und vom 23. Januar 1985 i. S. Orologeria Anghinoni c. Kt. Tessin S. 6 ff.

gungserteilung⁶⁹⁷, doch enthalte der Briefwechsel eine Verpflichtung zur gründlichen Einschätzung der Situation und Abwägung der Interessen⁶⁹⁸. Im betreffenden Fall warf es den Behörden vor, keine pflichtgemässe Ermessensausübung vorgenommen und die Interessen der Betroffenen zu wenig gewürdigt zu haben. Die Ausübung eines pflichtgemässen Ermessens ergibt sich aber schon aus der innerstaatlichen Rechtsordnung⁶⁹⁹, so dass die Ausführungen des Bundesgerichtes grundsätzlich für alle sich in der Schweiz in der gleichen Lage befindlichen Grenzgänger gelten müssen. Zusammen mit der Unzulässigerklärung der alleinigen abstrakten Bezugnahme auf die einheimischen Arbeitskräfte scheint das Bundesgericht allgemein aber auch anzudeuten, dass der in Art. 7 Abs. 1 BVO vorgesehene "Vorrang der einheimischen Arbeitskräfte" zu Gunsten der (italienischen) Grenzgänger im Lichte der besonderen Situation, d. h. mit Blick auf die bisherige Aufenthaltsdauer und weiteren Erwerbschancen zu betrachten sei⁷⁰⁰.

⁶⁹⁷ BGE vom 7. Juni 1984 i. S. Ilpack Werk AG c. Kt. Tessin S. 15 ff.; BGE vom 23. Januar 1985 i. S. Orologeria Anghinoni c. Kt. Tessin S. 6.

⁶⁹⁸ BGE vom 23. Januar 1985 i. S. Orologeria Anghinoni c. Kt. Tessin, S. 6: "...pretendere che l'autorità apprezzi liberamente la situazione e valuti a fondo la loro tutela."; vgl. dazu die Praxis im Kanton Zürich, NZZ v. 21. Mai 1984, S. 31.

⁶⁹⁹ Vgl. vorne Abschnitt 3.3.1., S. 105.

⁷⁰⁰ Vgl. dazu auch BIGA, 1983, S. 93; dagegen BIGA, 1986, S. 9. Dies ist aber, obwohl rechtspolitisch durchaus vertretbar, eine den gesetzlichen Bestimmungen zuwiderlaufende Interpretation. So kommt nach Art. 7 Abs. 1 BVO z. B. einem erst seit einer Woche arbeitslosen Schweizer auch dann Vorrang gegenüber einem über keinen staatsvertraglichen Anspruch verfügenden Grenzgänger zu, wenn dieser ununterbrochen und ordnungsgemäss während 10 Jahren in der Schweiz erwerbstätig war. Es wäre Aufgabe des Gesetzgebers, hier eine adäquatere Regelung vorzunehmen.

4.3. Die Verlängerung der Grenzgängerbewilligung

4.3.1. Die Regelung nach innerstaatlichem Recht

Ein wichtiger Faktor der schweizerischen Ausländerpolitik stellt die richtige Auswahl der ausländischen Arbeitskräfte dar⁷⁰¹. Im Interesse aller Beteiligten ist es notwendig, dass so bald wie möglich abgeklärt wird, ob sich der Ausländer in den schweizerischen Verhältnissen zurecht findet und er den in ihn gesteckten Erwartungen zu genügen vermag⁷⁰². Aus diesem Grund ist in Art. 23 Abs. 1 BVO festgesetzt, dass eine erstmalige Grenzgängerbewilligung höchstens für die Dauer eines Jahres erteilt werden darf. Diese Zeit sollte es den Behörden ermöglichen, aufgrund verschiedener Kriterien über den weiteren Verbleib des Ausländers entscheiden zu können.

Es finden sich in der Fremdenrechtsgesetzgebung kaum Bestimmungen, welche speziell die Anforderungen zur Verlängerung umschreiben. Art. 7 Abs. 1 BVO⁷⁰³ verweist diesbezüglich auf die bei der erstmaligen Zulassung massgebenden Kriterien⁷⁰⁴, während Art. 10 Abs. 2 ANAV die Berücksichtigung des bisherigen Verhaltens des Ausländers hervorhebt. Die allgemeinen Rahmenbedingungen, insbesondere die Lage auf dem Arbeitsmarkt, sind daher weiterhin entscheidend. Als weitere Aspekte treten v. a. hinzu⁷⁰⁵:

a) Die Dauer der Anwesenheit, ein Faktor, dem mit zunehmender

⁷⁰¹ Vgl. Bericht SK S. 86, 119; allgemein zu den Selektionstheorien Kleemann S. 55 ff.

⁷⁰² Dies betrifft in erster Linie die Uebereinstimmung mit der rechtlichen und gesellschaftlichen Ordnung. Mit zunehmender Belastung des Arbeitsmarktes gewinnt aber auch die Arbeitsleistung an Bedeutung.

⁷⁰³ Zu Unrecht verneint Pfanner (S. 177) die Anwendbarkeit der BVO; vielmehr wird lediglich die Kontingentierung auf erstmalige Bewilligungen beschränkt; so auch VPB 1977 Nr. 4.

⁷⁰⁴ Vgl. Paetzold, Grenzgänger, S. 10. Es kann diesbezüglich auf die Ausführungen zum Kantonswechsel verwiesen werden, hinten Abschnitt 4.2.2., S. 145.

⁷⁰⁵ Vgl. dazu allgemein Pfanner S. 178 ff.

Grösse ein stärkeres Gewicht zukommen sollte⁷⁰⁶. Es ist bedauerlich, dass die innerstaatliche Gesetzgebung nicht nach einer gewissen Zeit, so etwa nach drei bis fünf Jahren, einen Bewilligungsanspruch vorsieht⁷⁰⁷.

- b) Das bisherige persönliche Verhalten des Grenzgängers, sei es in bezug auf seine allgemeine Lebensweise⁷⁰⁸, sei es betreffend der bisherigen Erwerbstätigkeit⁷⁰⁹.
- c) Die Interessen des Grenzgängers, denen im Gegensatz zur erstmaligen Zulassung eine (stärkere) Gewichtung zukommen⁷¹⁰. Hierzu zählen z. B. familiäre⁷¹¹, berufliche⁷¹² oder soziale⁷¹³ Gründe.

Wie der erstmalige Zulassungsentscheid liegt auch die Verlängerung gemäss Landesrecht allein im pflichtgemässen Ermessen der Behörden; dem Grenzgänger steht auch nach längerer Grenzgängertätigkeit kein Verlängerungsanspruch zu. Aufgrund der Ausdehnung der den italienischen Arbeitskräften gewährten Vorzugsstellung

⁷⁰⁶ Vgl. Hailbronner N 88.

⁷⁰⁷ Ein solcher Anspruch war hingegen in Entwurf Art. 39 Abs. 2 nach einer mindestens fünf Jahre betragenden ununterbrochenen unselbständigen Erwerbstätigkeit vorgesehen, soweit kein Widerrufsgrund (Entwurf Art. 51 Abs. 3) vorlag. Die Doktrin postuliert ebenfalls eine vorzeitigere Anspruchseinträumung, vgl. Bericht SK S. 187; Macheret, Législation, S. 278; Ricq S. 331. Es ist aber auch verständlich, dass man sich dies als Konzession für künftige staatsvertragliche Verhandlungen vorbehalten will, in diesem Sinne auch Berenstein S. 175.

⁷⁰⁸ Dabei richtet sich die Prüfung des "bisherigen Verhaltens" nach den Grundsätzen des Begriffs der "schweren Klagen" im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG, vgl. Wüthrich N 711.2, 711.4.

⁷⁰⁹ Vgl. dazu Bericht SK S. 86.

⁷¹⁰ Gemäss dem Verhältnismässigkeitsprinzip sind v. a. allfälligen polizeilichen Vorhaltungen die Interessen des Grenzgängers gegenüberzustellen und abzuwägen, vgl. BIGA, 1983, S. 93. Zur Berücksichtigung der Grenzgängerinteressen in bezug auf den Vorrang der einheimischen Arbeitskräfte, vgl. hinten Abschnitt 4.2.5.3., S. 152. Pfanner (S. 186) lässt aber zurecht den Ueberfremdungsgedanken in diesem Bewilligungsstadium für sich alleine nicht mehr zu.

⁷¹¹ So z. B. dort, wo mehrere Familienmitglieder einer Grenzgängertätigkeit nachgehen.

⁷¹² Mit fortgeschrittenem Alter wird die Stellensuche immer schwieriger.

⁷¹³ Die gesellschaftlichen Bande können am Arbeitsort ein sehr starkes Ausmass annehmen.

auf die übrigen westeuropäischen Staatsangehörigen wird die Verlängerung entgegen der rechtlichen Regelung von Art. 7 Abs. 1 BVO nach fünf Jahren aber grundsätzlich gewährt⁷¹⁴. Darüber hinaus legt Art. 23 Abs. 1 BVO fest, dass Bewilligungen unter Vorbehalt anderslautender staatsvertraglicher Vereinbarungen höchstens um jeweils ein Jahr verlängert werden dürfen⁷¹⁵. Die Kantone erteilen aber schon vor Inkraftsetzung dieser beschränkenden Bestimmung die Verlängerung jeweils nur für diese Dauer. Eine Ausnahme stellt im Sinne des abgeschlossenen Staatsvertrages mit Italien der Kanton Tessin dar, der nach einer fünfjährigen Grenzgängertätigkeit die Verlängerung auf zwei Jahre ausstellt.

4.3.2. Staatsvertragliche Bestimmungen zur Verlängerung

4.3.2.1. Allgemeine Bemerkungen

Für einen während längerer Zeit in der Schweiz tätigen Grenzgänger⁷¹⁶ wie auch für dessen Arbeitgeber⁷¹⁷ ist die Ungewissheit über die zukünftige Bewilligungserteilung ein ausserordentlich unbefriedigender Zustand. Erstaunt es dabei, dass die innerstaatliche Gesetzgebung diesem Anliegen keine Rechnung trägt, so wäre es umso verständlicher, wenn diesem Mangel auf staatsvertraglicher Ebene abgeholfen würde. Einer näheren Betrachtung bedürfen diesbezüglich

⁷¹⁴ Gemäss Ricq S. 331 erfolgt im Kanton Genf die Bewilligungsverlängerung nach zwei Jahren automatisch. So begrüssenswert diese Praxis auch ist, muss doch hervorgehoben werden, dass sie der rechtlichen Regelung nicht entspricht, gl. M. Pfanner S. 185.

⁷¹⁵ Im Entwurf zur BVO waren noch zwei Jahre vorgesehen. Diese Einschränkung ist v. a. im Hinblick auf langjährige Grenzgänger verfehlt und liegt kaum im Interesse eines Beteiligten.

⁷¹⁶ Mit steigendem Alter wird die Möglichkeit eines Arbeitnehmers geringer, eine neue Stelle zu finden.

⁷¹⁷ So kann davon ausgegangen werden, dass langjährige Mitarbeiter ein wesentliches Fundament eines Betriebes darzustellen vermögen.

aber nur die mit Frankreich und Italien getroffenen Abmachungen. Während derartige Vereinbarungen mit Liechtenstein überflüssig sind⁷¹⁸, blieb diese Problematik im Verhältnis zu Deutschland und Oesterreich unbehandelt.

4.3.2.2. Die französischen Grenzgänger

Mit Frankreich wurde in Art. 5 lit. b der Vereinbarung von 1958⁷¹⁹ folgende Regelung getroffen:

"b) Kann sich ein Grenzgänger jedoch über eine ununterbrochene⁷²⁰, zehnjährige unselbständige Erwerbstätigkeit ausweisen, so wird die Bewilligung erneuert, sofern nicht schwere Störungen des Arbeitsmarktes entgegenstehen."

Dem französischen Grenzgänger⁷²¹ steht daher nach einer "ununterbrochenen zehnjährigen unselbständigen Erwerbstätigkeit" grundsätzlich ein Anspruch auf Verlängerung der Grenzgängerbewilligung zu⁷²². Der Begriff der "schweren Störung des Arbeitsmarktes" ist dabei restriktiv auszulegen. Es muss sich dabei um eine offensichtliche, die schweizerische Wirtschaft ausserordentlich stark belastende Arbeitslosigkeit handeln, welche die Interessen der

⁷¹⁸ Siehe hinten Abschnitt 2.4.3.4., S. 75.

⁷¹⁹ SR 0.142.113.498.

⁷²⁰ Dieses Erfordernis gilt allgemein auch dann als erfüllt, wenn eine kurze ihrer Natur nach nur vorübergehende Fristunterbrechung erfolgt, vgl. Pfanner S. 210. Zur Fristberechnung legt Art. 6 lit. a fest, dass die vor dem Militärdienst ausgeübte Grenzgängertätigkeit angerechnet wird, wenn der einberufene Grenzgänger seine Arbeit binnen 60 Tagen nach der Entlassung wieder aufgenommen hat. Unterbrechungen durch Unfall, Krankheit, Schwangerschaft, Streik oder Aussperrung bleiben nach lit. b unberücksichtigt, sofern sie sechs Wochen pro Jahr und im ganzen sechs Monate nicht übersteigen. Während gemäss lit. c sogar ein früherer Wohnsitz von Bedeutung sein kann, fällt aufgrund lit. d die Aufenthaltsdauer als Lehrling oder Stagiaire ausser Betracht.

⁷²¹ Zum persönlichen Geltungsbereich vgl. hinten Abschnitt 2.4.3.3., S. 74.

⁷²² BBl. 1978 II 216.

Grenzgänger weit überragt⁷²³. Obwohl Art. 4 lit. b vorsieht, dass die Verlängerung während der zwei ersten Jahre in der Regel für eine unterjährige Geltungsdauer ausgestellt wird, nehmen die Kantone grundsätzlich - soweit danach nachgesucht wird - eine Verlängerung von einem Jahr vor.

4.3.2.3. Die italienischen Grenzgänger

Art. 11 Abs. 1 lit. a des Abkommens von 1964⁷²⁴ enthält folgende Regelung über die Verlängerung von Bewilligungen italienischer Arbeitskräfte:

"1. Italienische Arbeitskräfte geniessen nach einem ordnungsgemässen⁷²⁵ und ununterbrochenen Aufenthalt von wenigstens fünf Jahren folgende Vorzugsbehandlung:

a) Sie haben Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung für ihre Tätigkeit am bisherigen Arbeitsplatz..."

Im Falle von besonderen Umständen sieht Art. 11 Abs. 2 vor:

"2. Falls sich in der Gegend im ganzen Wirtschaftszweig, in welchem der Arbeitnehmer beschäftigt ist, eine schwere Arbeitslosigkeit ausbreitet, kann die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung für die Tätigkeit am bisherigen Arbeitsplatz...verweigert werden. Doch wird in diesem Falle dem Arbeitnehmer die Bewilligung für die Tätigkeit als un-

⁷²³ Gegenüber einem Einzelfall ist dieser Vorbehalt kaum anzuwenden. Es muss sich vielmehr aufdrängen, allgemein den Verlängerungsanspruch zu suspendieren.

⁷²⁴ SR 0.142.114.548.

⁷²⁵ Darunter ist eine auf einer rechtmässigen Einreise und rechtskonformen Bewilligungserteilung beruhende Anwesenheit zu verstehen, in deren Verlauf sich aus dem Verhalten des Ausländers weder ein Widerrufs- noch ein Ausweisungsgrund ergab, vgl. dazu BGE 97 I 534 f. Erw. 2a; Macheret, Immigration, S. 59; Pfanner S. 209.

selbständiger Erwerbender in einem andern, nicht von Arbeitslosigkeit betroffenen Beruf erteilt."

Dem italienischen Grenzgänger steht daher unter Vorbehalt persönlicher Hindernisse grundsätzlich nach fünf Jahren⁷²⁶ ein Anspruch auf Verlängerung zu. Deren Ausmass wird in Art. 11 lit. a in der Weise festgesetzt, dass diese, soweit die Gültigkeitsdauer des Passes ausreicht, zunächst "für zwei aufeinanderfolgende Zeitspannen von je zwei Jahren und anschliessend zum drittenmal für die bis zur Erteilung der Niederlassungsbewilligung notwendigen Frist" erteilt wird. Da dem Grenzgänger auch nach längerem Erwerbsaufenthalt kein Anspruch auf eine Niederlassungsbewilligung zusteht, ist es offensichtlich, dass dieser Teil der Vertragsnorm keine Anwendung findet. Es ist deshalb davon auszugehen, dass dem Grenzgänger stattdessen jeweils ein Anspruch auf eine Verlängerungsdauer von zwei Jahren zugestanden werden soll.

Mit der Verlängerung der Grenzgängerbewilligung befasst sich auch Ziff. 6 des anlässlich des Abschlusses des Abkommens über die Arbeitslosenversicherung ausgetauschten Briefwechsels vom 12. Dezember 1978⁷²⁷:

"6. Die zuständigen schweizerischen Behörden erwägen, den italienischen Grenzgängern, die in der Schweiz seit mindestens 5 Jahren ununterbrochen eine ordnungsgemässe Beschäftigung ausüben, unabhängig von der Wirtschaftslage, das Recht auf Erneuerung ihrer Bewilligung einzuräumen, sofern nicht ein persönlicher Widerrufsgrund entgegensteht. Dieses Recht kann nur durch den Bundesrat eingeschränkt werden im Falle von ernstlichen Störungen auf dem Arbeitsmarkt."

⁷²⁶ Ziff. III des Schlussprotokolls ist für den Grenzgänger dahingehend zu interpretieren, dass ein vorübergehender kurzer Unterbruch von höchstens zwei Monaten nicht schadet.

⁷²⁷ SR 0.837.945.4.

Aus der Formulierung ist jedoch klar zu erkennen, dass der Grenzgänger daraus keinen Anspruch ableiten kann. Die Bestimmung, die an die "schweizerischen Behörden" gerichtet ist und damit keinen self-executing-Charakter hat, verpflichtet nicht zur Zustimmung zur Verlängerung, sondern nur zur Vornahme der Erwägung, diesbezüglich eine innerstaatliche Regelung vorzunehmen. Mit der Verankerung des Verlängerungsanspruches im schliesslich vom Volk am 5. April 1981 abgelehnten Ausländergesetz⁷²⁸ muss die Vertragsverpflichtung als erfüllt betrachtet werden. Der Bundesrat erachtete daher in einer Stellungnahme zu einem Entscheid des Bundesgerichtes Punkt 6 dieses Briefwechsels als verfallen⁷²⁹.

⁷²⁸ BBl. 1981 II 196.

⁷²⁹ Vgl. den unveröffentlichten BGE vom 7. Juni 1984 i. S. Ilpack Werk AG c. Kanton Tessin, S. 15.

5. DER VERLUST DER GRENZGAENGERBEWILLIGUNG

5.1. Allgemeiner Ueberblick

Eine einmal erteilte Grenzgängerbewilligung kann von Amtes wegen widerrufen werden oder erlischt ohne weiteren Verwaltungsakt, sofern mindestens einer der im Gesetz abschliessend⁷³⁰ aufgezählten Gründe vorliegt. Dabei ist zu beachten, dass damit das privatrechtliche Arbeitsverhältnis nicht von Amtes wegen als aufgelöst zu betrachten ist; dafür ist auf die privatrechtliche Regelung zu verweisen⁷³¹. Im Gegensatz zur Bewilligungserteilung ist die Stellung des Ausländers in diesen Fällen aber erheblich günstiger ausgestaltet. So legt das Gesetz selbst die Gründe fest, die ein Erlöschen oder einen Widerruf überhaupt als gerechtfertigt erscheinen lassen⁷³². Mit der Beschränkung des behördlichen Ermessens durch bestimmte und unbestimmte Rechtsbegriffe verbunden ist auch die verbesserte Stellung im Verfahren, insbesondere der verstärkte Rechtsschutz. Diese Besserstellung gegenüber dem Zulassungsverfahren ist ohne Zweifel erforderlich, denn mit der Zulassung wurde dem Ausländer ein Recht verliehen, und es entspricht schon dem (auch völkerrechtlich) anerkannten Prinzip von Treu und Glauben, dass dieses dem Bewilligungsempfänger nicht willkürlich oder ohne weiteres kurzfristig entzogen werden kann. Während v. a. die Ausweisung⁷³³ in verschiedenen multilateralen Abkommen Eingang gefunden

⁷³⁰ Vgl. Moser, Ausländer, S. 425; Ruth N 113; Trautvetter S. 19. Zur heute ungebräuchlichen Bewilligungserteilung auf Widerruf im Sinne von Art. 25 Abs. 1 lit. e ANAG vgl. den BRB vom 17. Mai 1949 (AS 1949 I 455); Moser, Ausländer, S. 400.

⁷³¹ Dazu Rapp S. 285 ff.; vgl. zur deutschen Rechtslehre Engels S. 165 ff.

⁷³² Darüber hinaus kann eine einmal erteilte Aufenthaltsbewilligung weder beschränkt, entzogen noch als inexistent betrachtet werden; vgl. Bertossa S. 39; Moser, Ausländer, S. 425/6; Pfanner S. 144; Ruth N 105, 113.

⁷³³ Dem in den multilateralen Abkommen verwendeten Begriff der Ausweisung kommt eine völkerrechtlich autonome Bedeutung zu. Daher sind, soweit anwendbar, die dahingehend getroffenen Regelungen auch für die schweizerische Wegweisung als

hat⁷³⁴, finden sich in den bilateralen Abkommen mit unseren Nachbarstaaten dagegen keine diesbezüglichen Schutzvorschriften.

5.2. Das Erlöschen der Grenzgängerbewilligung

Die Gründe, welche eine (Grenzgänger)bewilligung ohne weiteren behördlichen Akt ausser Kraft setzen, werden in abschliessender Weise in Art. 9 Abs. 1 lit. a - e ANAG angeführt.

5.2.1. Ablauf der Gültigkeitsdauer (Art. 9 Abs. 1 lit. a ANAG)

Da eine Grenzgängerbewilligung stets befristet ist, fällt das darin verbrieftete Recht mit Ablauf der Gültigkeitsdauer dahin. Wurde erfolglos nach einer Verlängerung nachgesucht, bestimmt Art. 12 Abs. 3 ANAG, dass die Behörde den Tag festsetzt, an dem die Aufenthaltsberechtigung aufhört. Bei den übrigen Arten der Aufenthaltswilligung stellt dies die Ausreisefrist dar. Für den Grenzgänger ist diese Fristansetzung jedoch nicht notwendig, da er täglich die Schweiz zu verlassen hat. Ist die Bewilligungsfrist abgelaufen, wird ihm schon an der Grenze die Wiedereinreise verweigert.

geltend zu betrachten, vgl. dazu BBl. 1986 II 599; Pfanner S. 11.

⁷³⁴ Vgl. BBl. 1986 II 598; 1978 II 224. So z. B. in der europäischen Sozialcharta vom 18. Oktober 1961 Art. 19 Ziff. 8, im europäischen Niederlassungsabkommen vom 13. Dezember 1955 (Art. 3 Ziff. 2), im europäische Uebereinkommen über die Rechtsstellung der Wanderarbeitnehmer vom 24. November 1977 (Art. 9 Ziff. 5), im Zusatzprotokoll zur EMRK Nr. 7 vom 22. November 1984 (Art. 1; nach der Unterzeichnung des Zusatzprotokolls vom 28. Februar 1986 durch den Bundesrat bedarf es nur noch der Genehmigung der Bundesversammlung, BBl. 1986 II 622) oder in der Konvention über die bürgerlichen und politischen Rechte" vom 16. Dezember 1966 (Art. 13). Diese Abkommen hat die Schweiz jedoch bisher (noch) nicht ratifiziert.

5.2.2. Erteilung der Bewilligung in einem anderen Kanton (Art. 9 Abs. 1 lit. b ANAG)

Die rechtliche Konsequenz der Unzulässigkeit mehrerer Aufenthaltsbewilligungen liegt darin, dass mit der Erteilung einer Grenzgängerbewilligung eine frühere (Grenzgänger)Bewilligung sofort erlischt. Diese rechtliche Unmöglichkeit der Innehabung mehrerer Bewilligungen bezieht sich daher sowohl auf mehrere Bewilligungen der gleichen wie auch verschiedener Typen⁷³⁵. Es ist deshalb z. B. nicht möglich, neben einer Niederlassungs- gleichzeitig eine Grenzgängerbewilligung zu haben⁷³⁶.

5.2.3. Verzicht auf die Ausnutzung der Grenzgängerbewilligung (Art. 9 Abs. 1 lit. c ANAG)

Die Grenzgängerbewilligung verliert ihre Geltungskraft auch dann, wenn der Ausländer durch formelle Abmeldung⁷³⁷ oder konkludentes Handeln auf deren Gebrauch verzichtet. Die gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. c ANAG i. V. m. Art. 10 Abs. 4 ANAV vorgeschriebene Regelung, dass die Bewilligung eines Ausländers aufgrund der tatsächlichen Aufgabe des Aufenthaltes spätestens dann erlösche, "wenn er den Mittelpunkt seiner Lebensverhältnisse ins Ausland verlegt hat", ist jedoch nicht direkt auf den Grenzgänger anwendbar⁷³⁸. Diese Bestimmungen sind hingegen in analoger Auslegung

⁷³⁵ Vgl. Ruth N 114 lit. c.

⁷³⁶ Die Grenzgängerbewilligung ist denn auch nicht in der Niederlassungsbewilligung enthalten. Ausländische Niedergelassene, die ihren Wohnsitz in die benachbarte Grenzzone verlegen, halten sich daher spätestens nach sechs Monaten illegal in der Schweiz auf, da ihre Niederlassungsbewilligung erloschen ist und ihnen keine Grenzgängerbewilligung erteilt wurde.

⁷³⁷ Diese sollte aber tolerant gehandhabt werden, vgl. Ruth N 114 lit. d.

⁷³⁸ Dies deshalb, weil der Grenzgänger einerseits von Beginn weg seinen Lebensmittelpunkt im Ausland beibehält, und andererseits, weil nicht der Aufenthalt an sich, sondern nur der erwerbstätige Aufenthalt den Inhalt der Bewilligung ausmacht.

dahingehend zu interpretieren, dass spätestens dann, wenn der Grenzgänger seine Arbeitstätigkeit wieder ins Ausland verlegt, von einer tatsächlichen Aufgabe und damit dem Erlöschen der Grenzgängerbewilligung auszugehen ist⁷³⁹. Abzustellen ist dabei jedoch nicht auf den subjektiven Willen des Grenzgängers, sondern auf die konkreten, objektiven Umstände, insbesondere auf die Gründe der Nichtausschöpfung der Bewilligung⁷⁴⁰. Diese Regelung entspringt dem Gedanken, wonach verhindert werden sollte, dass eine einmal erteilte Bewilligung "auf Vorrat" gehalten werde⁷⁴¹. Solange sich der Unterbruch aber mit dem bestehenden Arbeitsverhältnis vereinbaren lässt⁷⁴², kann jedoch noch nicht von einem Verzicht auf die Grenzgängerbewilligung ausgegangen werden.

Sowohl dem Grenzgänger selbst⁷⁴³ als auch dem Arbeitgeber⁷⁴⁴ obliegt im Falle des Stellenaustrittes eine Meldepflicht.

5.2.4. Die Ausweisung und Heimschaffung (Art. 9 Abs. 1 lit. d ANAG)

Mit der Anordnung einer Ausweisung oder einer Heimschaffung

⁷³⁹ So wäre der Antritt einer neuen Stelle im Ausland, selbst in ungekündigter Stellung, als Erlöschensgrund anzusehen, nicht aber die blosse Stellensuche.

⁷⁴⁰ Vgl. allgemein zur Problematik des Erlöschens BGE 99 Ib 5 ff. Erw. 3; Pfanner S. 190; Ruth N 114 lit. d; Wüthrich N 55.

⁷⁴¹ Vgl. SJZ 1975, 117; Ruth N 114 lit. d.

⁷⁴² Z. B. bei einem längeren Krankheitsfall, Militär oder einer diesbezüglichen Ferienübereinkunft.

⁷⁴³ Art. 2 Abs. 12 ANAV, der dahingehend auszulegen ist, dass sich die Meldepflicht mit der Aufgabe der Erwerbstätigkeit einstellt.

⁷⁴⁴ Vgl. Paetzold, Grenzgänger, S. 33. Gemäss dem "BRB über die Meldung wegziehender Ausländer" vom 20. Januar 1971 (SR 142.212) obliegt dem Arbeitgeber die Pflicht, jeden austretenden Arbeitnehmer innerhalb acht Tagen seit Austritt zu melden; zur vorübergehenden Ausreise vgl. das in BGE 99 Ib 8 erwähnte Merkblatt der Fremdenpolizei zum BRB vom 20. Januar 1971. Diese Pflicht ist zum Teil in kantonalen Bestimmungen ausdrücklich verankert worden (z. B. in den Kantonen Bern, Genf, Jura, Solothurn und Wallis). Das Unterlassen dieser Meldepflicht wird von den kantonalen Behörden jedoch praktisch nicht sanktioniert.

erlischt jede ausländerrechtliche Bewilligung⁷⁴⁵. Als behördliche Anordnung steht die Ausweisung allerdings dem Widerruf einer Bewilligung näher. Sie stellt in ihren praktischen Wirkungen eine zwangsweise Beendigung des Aufenthaltes verbunden mit einem Bewilligungswiderruf und einer Einreisesperre dar⁷⁴⁶.

Demgegenüber bezweckt die Heimschaffung keine Sanktionierung, sondern es soll dadurch ein fürsorgebedürftiger Ausländer aus der Obhut des Gaststaates in die Fürsorge des Heimatstaates überführt werden⁷⁴⁷. Dieser Erlöschensgrund, dem schon allgemein geringe Bedeutung zukommt⁷⁴⁸, ist für den Grenzgänger ohne Bedeutung, da dieser weiterhin mit dem Wohnsitzstaat verbunden ist, dem grundsätzlich auch die Fürsorgepflichten obliegen.

5.2.5. Entzug gemäss Art. 8 Abs. 2 ANAG

Wenn ein Kanton den Aufenthalt eines Ausländers, der die Bewilligung eines anderen Kantons besitzt, auf seinem Gebiet nicht dulden will, hat er gemäss Art. 8 Abs. 2 ANAG die Möglichkeit, der eidgenössischen Behörde (BFA) den Entzug der Bewilligung zu beantragen⁷⁴⁹. Wird das Entzugsbegehren gutgeheissen, erlischt die bisherige Bewilligung⁷⁵⁰. Dieser Erlöschensgrund fällt, da die Anwesenheit des Grenzgängers grundsätzlich auf die Grenzzone des Be-

⁷⁴⁵ Dies folgt schon daraus, dass die Bewilligung in diesen Fällen nicht weiter ausgeübt werden kann, vgl. Moser, Ausländer, S. 427.

⁷⁴⁶ Vgl. dazu vorne Abschnitt 5.4.3., S. 173.

⁷⁴⁷ Der Heimatstaat muss dieser Massnahme zustimmen, vgl. Moser, Ausländer, S. 438.

⁷⁴⁸ BBl. 1978 II 227.

⁷⁴⁹ Hingegen kann er selbst keinen Widerruf vornehmen, da die Bewilligung von einem anderen Kanton erteilt wurde. Dieser muss vor dem Entzug angehört werden.

⁷⁵⁰ Im Grunde genommen handelt es sich dabei um eine Spezialart des Widerrufs. Daher sind die dortigen Grundsätze zu beachten; gl. M. Eriksson S. 178; Moser, Ausländer, S. 430; Pfanner S. 152.

willigungskantons beschränkt bleibt, kaum in Betracht⁷⁵¹.

5.3. Der Widerruf der Grenzgängerbewilligung

5.3.1. Die praktische Bedeutung des Widerrufs

Mit dem Widerruf ist den Behörden die Möglichkeit gegeben, dem Grenzgänger das ihm einmal zugesprochene Recht wieder zu entziehen. Auch bei Vorliegen von Widerrufsgründen ist die Behörde aber nicht zu deren Anordnung verpflichtet, sondern entscheidet darüber mit pflichtgemäsem Ermessen⁷⁵². In der Praxis wird aber grundsätzlich von dieser Massnahme abgesehen, weil, da die Grenzgängerbewilligung stets befristet ist, die gleiche Wirkung in vielen Fällen auch mit der Verweigerung der Verlängerung erzielt werden kann, bei der den Behörden ein weitgefasserter Entscheidungsspielraum zugestanden wird. Damit entfällt der Nachweis eines Widerrufsgrundes⁷⁵³. Ausserdem ist gegen die Verweigerung der Verlängerung im Gegensatz zum Widerruf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht grundsätzlich nicht möglich⁷⁵⁴. Ein

⁷⁵¹ In solchen Fällen dürfte schon die notwendige Bewilligung des BIGA nicht erteilt werden (Art. 23 Abs. 3 BVO).

⁷⁵² Vgl. Art. 11 Abs. 3 erster Satz ANAG und Art. 16 Abs. 3 erster Satz ANAV, die als Ausdruck des Verhältnismässigkeitsprinzips auch auf den Widerruf Anwendung finden; vgl. dazu BGE 93 I 10; Bertossa S. 39; Hoffmann, SJZ 1971, 288; Moser, Ausländer, S. 426, 429; Pfanner S. 145, 193 N 5; Sulger-Büel S. 86; a. M. Kammermann, Ausweisung, S. 153/4 und Trautvetter S. 19, die aber von einem falschen Begriff des pflichtgemässen Ermessens auszugehen scheinen oder aber dem behördlichen Handeln bereits einen Ermessensfehler zu Grunde legen, d. h. bereits davon ausgehen, dass die Massnahme aufgrund der übrigen Umstände zwingend getroffen werden müsse.

⁷⁵³ Vgl. Hofstetter S. 201; Pfanner S. 180 N 17, 196, 222 f. (mit Verweis auf den unveröffentlichten Abschnitt von BGE 109 Ib 179), der diesbezüglich zu Recht von einem "willkürschutzlosen Raum" (S. 232) spricht; Ruth N 114 lit. g.

⁷⁵⁴ Vgl. dazu BGE 109 Ib 179, in welchem das Bundesgericht zwar darauf hinweist, dass die Wirkungen für den Ausländer bei der Nichterneuerung, die mit einer Einreisesperre verbunden wird, und der Ausweisung die gleichen sind, jedoch

Widerruf ist deshalb nur dort notwendig und wird dabei grundsätzlich auch nur dort ausgesprochen, wo eine Verlängerungsverweigerung nicht ohne weiteres⁷⁵⁵ oder aber erst in entfernterer Zukunft möglich ist⁷⁵⁶. In der bisherigen kantonalen Praxis hat es sich jedoch gezeigt, dass gegenüber Grenzgängern sehr selten zu derartigen Massnahmen gegriffen werden musste.

5.3.2. Erschleichung einer Grenzgängerbewilligung (Art. 9 Abs. 2 lit. a ANAG)

Eine Grenzgängerbewilligung kann durch die Bewilligungsbehörden widerrufen werden, wenn der Ausländer bei deren Erteilung falsche Angaben gemacht oder wissentlich wesentliche Tatsachen verschwiegen hat⁷⁵⁷. Der Zweck dieser Massnahme liegt nicht nur darin, eine zu Unrecht erteilte Bewilligung rückgängig zu machen, sondern es soll zudem ein unredliches Verhalten von Ausländern sanktioniert werden. Aus diesem Grund kann eine Bewilligung auch dann widerrufen werden, wenn die Behörde im damaligen Zeitpunkt trotz Kenntnis des richtigen Sachverhaltes die Bewilligung erteilt hätte⁷⁵⁸. Ein Widerruf fällt daher nur dann ausser Betracht, wenn

aufgrund der "klaren gesetzlichen Ordnung" weiterhin nur gegen die Ausweisung eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässt.

⁷⁵⁵ So im Falle der Anspruchsberechtigung des Ausländers.

⁷⁵⁶ Vgl. Pfanner S. 196 f.

⁷⁵⁷ Es obliegt aber den Behörden, die entsprechenden Fragen zu stellen, so dass nicht von einer Offenbarungspflicht ausgegangen werden kann; vgl. hinten Abschnitt 3.5.2.1., S. 133.

⁷⁵⁸ In diesem Fall steht nicht die Herstellung des gesetzlichen Zustandes, sondern die strafrechtliche Komponente des Erschleichungsversuches im Vordergrund, gl. M. Moser, Ausländer, S. 428 N 223. Erfasst ist dabei, was durch den vom Gesetzgeber verwendeten Ausdruck "erschlichen hat" hervorgehoben wird, sowohl ein vorsätzliches wie auch ein eventualvorsätzliches, nicht aber ein bloss fahrlässiges Handeln des Ausländers, vgl. Pfanner S. 194 N 8. Damit bleibt der Behörde jeweils der nicht immer leicht zu erbringende Nachweis erspart, dass sie bei Kenntnis des tatsächlichen Sachverhaltes auch wirklich anders entschieden hätte. A. M. Hofstetter S. 196, der die Kausalität als "conditio sine qua non" und damit als stets erforderlich erachtet; ein Widerruf dürfe nur dann erfolgen, wenn die Behörde in Kenntnis der tatsächlich vorliegenden Verhältnisse keine Bewilligung erteilt hätte.

die in Frage stehenden Informationen gar nicht geeignet waren, die Entscheidung der Behörden zu beeinflussen, d. h. wenn sie in keinem "relevanten Kausalzusammenhang" stehen⁷⁵⁹. In Frage kommen beim Grenzgänger insbesondere falsche Angaben im Zusammenhang mit dem Wohnsitz und der Erwerbstätigkeit.

5.3.3. Nichterfüllen einer Auflage (Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG)

Ein Widerruf der Grenzgängerbewilligung ist auch möglich, wenn mit dieser zusammenhängende Bedingungen⁷⁶⁰ nicht eingehalten werden⁷⁶¹. Dieser Widerrufsgrund ist für den Grenzgänger schon deshalb bedeutsam, weil die an ihn erteilte Erlaubnis auch als eine mit Auflagen versehene Jahresaufenthaltsbewilligung aufgefasst werden kann und daher naturgemäss Auflagen bestehen. So würden etwa mit der Verletzung der täglichen Rückreisepflicht oder mit dem Wechsel des Wohn- oder Arbeitsortes in ein Gebiet ausserhalb der Grenzzone die vom Grenzgänger einzuhaltenden Auflagen nicht erfüllt, wodurch die Bewilligung widerrufen werden könnte⁷⁶².

⁷⁵⁹ Dies ist eine Folge davon, dass sich die Befragung grundsätzlich auf diejenigen Informationen zu beschränken hat, die für die Bewilligungserteilung massgebend sind. Wurde dieser Grundsatz verletzt, darf dem Betroffenen daraus kein Nachteil entstehen, gl. M. Pfanner S. 194.

⁷⁶⁰ Rechtstechnisch ist es besser den Begriff der "Auflage" zu verwenden. Vgl. dazu auch Entwurf Art. 51; Eriksson S. 173; Macheret, Immigration, S. 73 N 178; Marti, HGF, S. 141 ff.; Moser, Ausländer, S. 398 N 142.

⁷⁶¹ Vgl. Pfanner S. 195.

⁷⁶² Auch der Arbeitgeber kann ihm obliegende Auflagen missachten und so einen Widerrufsgrund setzen, vgl. Bericht SK S. 85. In solchen Fällen ist aber - soweit möglich - dafür zu sorgen, dass dem nicht pflichtwidrig handelnden Ausländer daraus keine wesentlichen Nachteile entstehen, da ihm gegenüber keine Widerrufsmöglichkeit im Sinne des Gesetzes besteht.

5.3.4. Besonders schwere Klagen (Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG)

Ein Widerruf kann auch ausgesprochen werden, wenn "das Verhalten des Ausländers Anlass zu schweren Klagen gibt". Das Bundesgericht hat den unbestimmten Rechtsbegriff der "schweren Klage" dahingehend konkretisiert, dass darunter neben den rein sicherheitspolizeilichen Aspekten auch Handlungsweisen fielen, die der gesellschaftlichen oder privaten Sphäre zugerechnet werden können, soweit dies in Wahrnehmung der öffentlichen Interessen geschehe⁷⁶³. Damit wird über den Bereich einer allgemeinen Sicherheitskontrolle hinausgegangen. Als massgebende Anhaltspunkte bei der Beurteilung des in Frage stehenden Verhaltens sind im besonderen die Bedeutung des verletzten Rechtsgutes innerhalb der staatlichen und gesellschaftlichen Ordnung des Gastlandes, die gesamten Umstände sowie das bisherige Verhalten und die persönlichen Verhältnisse des Ausländers⁷⁶⁴ zu berücksichtigen⁷⁶⁵. Dabei überlässt das Bundesgericht den fremdenpolizeilichen Behörden trotz Vorliegen eines grundsätzlich überprüfbaren (unbestimmten) Rechtsbegriffes einen "gewissen Beurteilungsspielraum"⁷⁶⁶.

5.4. Beendigung des Erwerbsaufenthaltes in der Schweiz

Es bleibt dem ausländischen Grenzgänger zweifellos unbenommen, von sich aus die Erwerbstätigkeit in der Schweiz aufzuge-

⁷⁶³ Vgl. BGE 97 I 536 Erw. 3b; 93 I 5 Erw. 3, in welchem die Jahresaufenthaltsbewilligung einer deutschen Bankangestellten widerrufen wurde, weil sie ehebrecherische Beziehungen zu einem verheirateten deutschen Staatsangehörigen unterhielt, die sie nicht aufzugeben gedachte; vgl. Hofstetter S. 197 f.; Moser, Ausländer, S. 371.

⁷⁶⁴ Beim Grenzgänger sind diesbezüglich v. a. die Dauer der bisherigen Erwerbstätigkeit, sein Verhalten bis anhin sowie die Bedeutung der gegenwärtigen Anstellung in Rechnung zu stellen.

⁷⁶⁵ Vgl. Thüerer, Landesbericht, S. 58 N 3.

⁷⁶⁶ Vgl. dazu hinten Abschnitt 3.3.1., S. 105.

ben⁷⁶⁷. Im folgenden ist auf diejenigen Fälle einzugehen, in denen er gegen seinen Willen an der weiteren Erwerbsausübung gehindert wird.

5.4.1. Rückweisung an der Grenze

Im Grunde genommen stellt die Rückweisung an der Grenze keinen Beendigungstatbestand, sondern eine Fernhaltemassnahme dar⁷⁶⁸. Da der Grenzgänger jedoch täglich aus der Schweiz aus- bzw. einreisen muss, ist er darauf angewiesen, die Grenze jeden Tag überschreiten zu können. Wird ihm dies versagt, so bedeutet dies für ihn den Abbruch der Beziehung zur Schweiz. Daher ist grundsätzlich im Falle einer behördlichen Aufhebung oder Nichterneuerung der Bewilligung weder eine Ausreiseanordnung⁷⁶⁹ noch eine Ausschaffung notwendig. Ohne eine gültige Grenzgängerbewilligung wird ihm die Einreise zum Stellenantritt von den Grenzbehörden verweigert⁷⁷⁰, wodurch ihm die Weiterführung der Grenzgängertätigkeit faktisch verunmöglicht ist. Sofern eine gültige Bewilligung vorhanden ist, sind die zuständigen Grenzorgane jedoch verpflichtet, dem Grenzgänger zur Ausübung seiner Erwerbstätigkeit Einlass zu gewähren.

5.4.2. Die Wegweisung

Jeder Ausländer, der sich in der Schweiz ohne Aufenthaltsbewilligung illegal⁷⁷¹ aufhält, kann jederzeit ohne besonderes Verfah-

⁷⁶⁷ Allgemein zum völkerrechtlichen Anspruch auf freie Ausreise Aubert, *Etrangers*, S. 233; Bernsdorff S. 162; Kleemann S. 28.

⁷⁶⁸ Vgl. Rüegg S. 41.

⁷⁶⁹ Vgl. Art. 12 Abs. 2 ANAG.

⁷⁷⁰ Art. 17 Abs. 1 letzter Satz ANAV; Moser, *Ausländer*, S. 392.

⁷⁷¹ Von einem illegalen Aufenthalt ist dann auszugehen, wenn der

ren zur Ausreise aus der Schweiz angehalten werden⁷⁷². In Anwendung von Art. 80 lit. c i. V. m. Art. 4 VwVG muss dagegen davon ausgegangen werden, dass im Falle eines bewilligungsfreien Aufenthaltes eine formlose Wegweisung nur dann zulässig ist, wenn es das polizeiliche Interesse unbedingt erfordert⁷⁷³. Ansonsten ist dem Ausländer in einer schriftlich begründeten und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Verfügung eine Ausreisefrist anzusetzen.

Hält sich ein Grenzgänger trotz fehlender Erlaubnis zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz auf, muss er, damit jede weitere Tätigkeit unterbunden wird, sofort zur Wiederausreise verhalten und wenn nötig ausgeschafft werden können. Soweit er hingegen den bewilligungsfreien Aufenthalt beansprucht, ist er anderen Ausländern gleichgestellt⁷⁷⁴.

5.4.3. Die Einreisesperre

5.4.3.1. Die Einreisesperre im allgemeinen

Mit der Einreisesperre⁷⁷⁵ wird einem Ausländer das Betreten schweizerischen Territoriums ohne eine ausdrückliche Zustimmung⁷⁷⁶ der die Einreisesperre anordnenden Behörde untersagt. Sie kann so-

Ausländer unter Umgehung der Grenzkontrolle einreist und so über keine Anwesenheitserlaubnis verfügt, vgl. BBl. 1986 II 598; Moser, Ausländer, S. 395 N 134; Ruth N 44.

⁷⁷² Art. 12 Abs. 1 ANAG i. V. m. Art. 17 Abs. 1 ANAV; vgl. Aeschbacher/Hegetschweiler N 3.2.5.; Macheret, Immigration, S. 62; Sulger-Büel S. 90; Wüthrich N 722.

⁷⁷³ VwVG Art. 3 lit. f; vgl. dazu Moser, Ausländer, S. 432; Rüegg S. 39; Sulger-Büel S. 90 ff. m. w. H.; Hofstetter S. 206 f.; zurückhaltender schon Ruth N 54. Zur Frage des Rechtsschutzes Moor/Hofstetter S. 52.

⁷⁷⁴ Vgl. hinten Abschnitt 4.1.2., S. 141.

⁷⁷⁵ In Art. 49 des verworfenen Ausländergesetzes wäre dafür der Begriff des "Einreiseverbotes" eingeführt worden, vgl. BBl. 1978 II 251; Sulger-Büel S. 79.

⁷⁷⁶ Vgl. zur Suspendierung Sulger-Büel S. 80; Wüthrich N 55..

wohl vom BFA⁷⁷⁷ wie auch von der Bundesanwaltschaft verhängt werden.

Ausgehend von Art. 70 BV wird die politische Einreisesperre von der Bundesanwaltschaft⁷⁷⁸ gegenüber Ausländern angeordnet, welche die innere oder äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft gefährden. Eine nähere Ausführung dieser Gefährdung findet sich weder in der Verfassung noch in der dieser nachgeordneten Gesetzgebung. Die herrschende Lehre betrachtet in diesem Zusammenhang die äussere Sicherheit dann als gefährdet, wenn die Schweiz in ihren militärischen Verteidigungsmitteln geschwächt oder in der Erfüllung ihrer völkerrechtlichen Verpflichtungen behindert wird, und des weitern, wenn ihre Neutralität oder ihre guten Beziehungen zu einem anderen Staat gestört werden. Demgegenüber sind Schutzgut der inneren Sicherheit etwa die Staatsautorität als solche, die freiheitliche und demokratische Verfassungsordnung oder das friedliche Zusammenleben der verschiedenen Kreise der Bevölkerung⁷⁷⁹. Als der politischen Ausweisung nachgebildet, ist davon auszugehen, dass der Betroffene, da es sich um keine Strafmassnahme handelt, keine strafbare Handlung vorgenommen zu haben braucht⁷⁸⁰. Seine Handlungsweise muss auch nicht politischer Natur sein. Auch ein wirtschaftliches, der Schweiz aber abträgliches Verhalten kann zu dieser Massnahme führen⁷⁸¹.

Die Einreisesperre kann gemäss Art. 13 Abs. 1 zweiter Satz ANAG vom BFA für höchstens drei Jahre ausgesprochen werden,

⁷⁷⁷ Die Verhängung der Einreisesperre kann auch auf Antrag der kantonalen Behörde erfolgen, die den Entscheid des BFA oftmals in deren Auftrag eröffnen, vgl. Moor/Hofstetter S. 53; Sulger-Büel S. 80.

⁷⁷⁸ Art. 19 Ziff. 2 des "BRB betreffend die Zuständigkeit der Departemente und der ihnen unterstellten Amtsstellen zur selbständigen Erledigung von Geschäften" vom 17. November 1914 (SR 172.011). Vgl. Moser, Ausländer, S. 388, 394.

⁷⁷⁹ Vgl. Burckhardt S. 630/1; Hailbronner N 484 ff.; Moser, Ausländer, S. 439 m. w. H.; Thürer, Landesbericht, S. 61; Ziegler S. 113 ff.

⁷⁸⁰ Vgl. VPB 1973 Nr. 7; Burckhardt S. 633.

⁷⁸¹ Vgl. Kammermann, Ausweisung, S. 81.

wenn sich die Ausländer "grobe oder mehrfache Zuwiderhandlungen gegen fremdenpolizeiliche oder andere gesetzliche Bestimmungen und gestützt darauf erlassene behördliche Verfügungen haben zuschulden kommen lassen"⁷⁸². Bleibt den Behörden hier ein weiter Beurteilungsspielraum offen, so wird zumindest eine bestimmte Schwere des rechtswidrigen Verhaltens gefordert. Umso erstaunlicher ist es daher, dass für die Massnahme der Einreisesperre ohne gesetzliche Höchstfrist keine ausführlicheren und strengeren Voraussetzungen aufgestellt wurden. Eine solche ist daher gegenüber jedem "unerwünschten Ausländer" möglich, wobei die nähere Interpretation dieses Begriffes in der Lehre kaum zu befriedigen vermag. So gilt gemäss Moser⁷⁸³ als unerwünscht, "wer 'eine Gesinnung bekundet, die nicht jenes loyale Verhalten erwarten lässt, welches Voraussetzung des Gastrechts ist' oder wer, namentlich in seinem Vorleben, gezeigt hat, dass er nicht gewillt oder fähig ist, 'sich in die im Gaststaat geltende Ordnung einzufügen'". Pfanner möchte demgegenüber diesen Begriff auf die "innere und äussere Sicherheit der Schweiz" beschränken⁷⁸⁴. Es ist ihm insofern zuzustimmen, als diese Massnahme vom BFA nur in aussergewöhnlichen Fällen ausgesprochen werden darf, ansonsten aber dafür die Bundesanwaltschaft zuständig ist.

Die Einreisesperre betrifft in der Regel sich im Ausland aufhaltende Fremde, doch ist sie nach h. L. auch gegenüber den in der Schweiz anwesenden Ausländern zulässig; die Bewilligung wird dadurch jedoch nicht aufgehoben⁷⁸⁵.

Von keiner praktischen Bedeutung mehr ist die

⁷⁸² In Art. 17 Abs. 4 ANAV findet sich eine Exemplifikation dieser Bestimmung.

⁷⁸³ Moser, Ausländer, S. 393; vgl. auch Hofstetter S. 208 m. w. H.; Sulger-Büel S. 79 f.

⁷⁸⁴ Vgl. Pfanner S. 199 m. w. H.; ähnlich Ziegler S. 106. Damit ist für eine unbefristete Einreisesperre aber allein die Bundesanwaltschaft für zuständig zu erachten; in diesem Sinne auch die Kompetenzordnung in Entwurf Art. 63 Abs. 2 lit. a und 65 lit. b i. V. m. Art. 49; gl. M. Moor/Hofstetter S. 53 N 134.

⁷⁸⁵ Vgl. Moser, Ausländer, S. 393; Ruth N 124.

Einreisebeschränkung in Art. 13 Abs. 2 ANAG. Sie sollte deshalb im Zuge einer allfälligen Revision der Ausländergesetzgebung aufgehoben werden⁷⁸⁶.

5.4.3.2. Die Einreisesperre gegenüber Grenzgängern

Unproblematisch ist die Verhängung einer Einreisesperre als Folge des Verlustes einer bisherigen Grenzgängerbewilligung sowie gegenüber Ausländern, die noch über keine Grenzgängerbewilligung verfügen. Im Falle einer bestehenden Grenzgängerbewilligung ist die Bedeutung der Einreisesperre aber deswegen erweitert, weil dem Grenzgänger als Folge davon der Gebrauch seiner an sich gültigen Bewilligung verunmöglicht wird. Damit hat die Einreisesperre für den Grenzgänger die gleiche Wirkung wie die administrative Ausweisung, weshalb diese gegenüber Grenzgängern praktisch nie zur Anwendung gelangt.

Entscheidend ist nun aber, dass sowohl an die Voraussetzungen⁷⁸⁷ als auch an die zu gewährenden Rechtsmittel⁷⁸⁸ bei der Ausweisung höhere Anforderungen gestellt werden, als dies bei der Einreisesperre der Fall ist. Soweit die Einreisesperre mit einem vorgängigen Widerruf der Grenzgängerbewilligung verbunden ist, erleidet der Grenzgänger keinen Nachteil, da damit die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 2 ANAG gegeben sein müssen und eine Beschwerdemöglichkeit an das Bundesgericht gegeben ist. Eine ausserordentliche Verschlechterung seiner Stellung erfährt der Grenzgänger jedoch, wenn eine Einreisesperre während der Bewilligungsdauer ohne einen Widerruf ausgesprochen wird. Damit würde in bezug auf den

⁷⁸⁶ Vgl. BBl. 1976 II 223; Moser, Ausländer, S. 393 f.; Pfanner S. 199 N 27.

⁷⁸⁷ Vgl. die abschliessende Aufzählung der Ausweisungsgründe in Art. 10 Abs. 1 ANAG sowie Art. 11 Abs. 3 ANAG und Art. 16 Abs. 2 und 3 ANAV.

⁷⁸⁸ OG 100 lit. b Ziff. 1; vgl. vorne Abschnitt 6.3.3.1., S. 196.

Rechtsschutz des Bundes ohne sachlichen Grund eine Differenz zur Ausweisung geschaffen, obwohl die Wirkungen die gleichen sind. Dieses Vorgehen erscheint schon deshalb fragwürdig, weil eine Anwesenheitsbewilligung durch eine Einreisesperre nicht erlischt⁷⁸⁹ und der Ausländer während der Geltungsdauer der Bewilligung Anspruch auf Wahrung der ihm zugesprochenen Rechte hat⁷⁹⁰. Ein solches Handeln ist daher im Hinblick auf den mit der abschliessenden Aufzählung in den Art. 9 und 10 ANAG angestrebten Zweck, dem Ausländer vor nicht wirklich begründeten Entfernungsmassnahmen Schutz zu bieten⁷⁹¹ bzw. mit der damit verbundenen Rechtskontrolle, nicht zu vereinbaren. Der vom Gesetz vorgesehene Zweck der Einreisesperre liegt denn auch primär darin, einen Ausländer, der (noch) über keine Bewilligung verfügt, von der Einreise fernzuhalten⁷⁹², während für die amtliche Aufhebung eines bisherigen Aufenthaltsrechtes nur der Widerruf, die Ausweisung und die Heimschaffung vorgesehen wurden. Während der Bewilligungsdauer ist daher, soweit es sich nicht um eine politische Einreisesperre im Sinne von Art. 70 BV handelt⁷⁹³, vor ihrer Anordnung eine Widerrufsverfügung zu treffen oder direkt eine Ausweisung vorzunehmen.

5.4.4. Die Ausweisung

5.4.4.1. Allgemeine Bemerkungen zur Ausweisung

Im Gegensatz zur Wegweisung wird dem Ausländer bei der Ausweisung neben der Verpflichtung zur Ausreise eine Wiedereinreise

⁷⁸⁹ Vgl. Moser, Ausländer, S. 393; Ruth N 124.

⁷⁹⁰ Vgl. Moser, Ausländer, S. 425.

⁷⁹¹ BBl. 1948 I 1297.

⁷⁹² Vgl. Aeschbacher/Hegetschweiler N 3.4.

⁷⁹³ Es entsteht hierbei keine Benachteiligung gegenüber der politischen Ausweisung.

auf bestimmte oder unbestimmte Zeit untersagt⁷⁹⁴. In der schweizerischen Rechtsordnung steht den beiden administrativen Institutionen der fremdenpolizeilichen und der politischen Ausweisung diejenige des strafrechtlichen Landesverweises gegenüber. Diese Ausweisungsarten beruhen auf verschiedenen rechtlichen Grundlagen und weisen auch in ihrer sonstigen Ausgestaltung wesentliche Unterschiede auf⁷⁹⁵.

Obwohl die Ausweisung in der Praxis für Grenzgänger kaum von Bedeutung ist⁷⁹⁶, besteht theoretisch die Möglichkeit, sie auszusprechen⁷⁹⁷. Der entscheidende Unterschied zu einer mit einem Widerruf verbundenen Einreisesperre liegt dabei darin, dass die Kantone die Ausweisung selbständig vornehmen können⁷⁹⁸.

5.4.4.2. Die fremdenpolizeiliche Ausweisung

Bei der fremdenpolizeilichen Ausweisung handelt es sich um die aus Gründen des Selbstschutzes⁷⁹⁹ in der Ausländergesetzgebung allgemein vorgesehene Massnahme der Ausweisung eines Fremden. Dabei wird der Entscheid über die Ausweisung eines Ausländers nicht allein dem pflichtgemässen Ermessen der Behörden überlassen.

⁷⁹⁴ Zum Begriff vgl. Hofmann, SJZ 1971, 288; Kammermann, Ausweisung, S. 69; Moser, Ausländer, S. 433; Sulger-Büel S. 85; Thürer, Landesbericht, S. 59; Wertenschlag S. 351; Wüthrich N 55.

⁷⁹⁵ Zu ihrem gegenseitigen Verhältnis vgl. Art. 10 Abs. 4 ANAG; BGE 109 Ib 179; 105 Ib 165; 96 I 774; VPB 1977, Nr. 94; die Auseinandersetzung von Hofmann und Pfenniger in SJZ 1957, S. 313 ff.; Macheret, Législation, S. 275; Moser, Ausländer, S. 427; Pfanner S. 202, 205; Sulger-Büel S. 96; SJZ 1975, 117; Wüthrich N 723; vgl. auch die Regelung zu Gunsten des Strafrichters in Entwurf Art. 54.

⁷⁹⁶ Weil der Grenzgänger die Schweiz täglich zu verlassen hat, kann die Ausweisung durch die Festsetzung einer Einreisesperre ersetzt werden, vgl. dazu Wertenschlag S. 352 sowie hinten Abschnitt 5.4.1., S. 172.

⁷⁹⁷ In Entwurf Art. 49 Abs. 3 lit. c war die Ausweisung von Grenzgängern ausdrücklich vorgesehen.

⁷⁹⁸ Vgl. Art. 15 Abs. 2 gegenüber Art. 13 Abs. 1 ANAG; Wüthrich N 55.

⁷⁹⁹ Vgl. Hofstetter S. 203; Ruth N 118.

Der Gesetzgeber hat in den Art. 10 und Art. 11 ANAG sowie in Art. 16 ANAV abschliessend⁸⁰⁰ festgelegt, unter welchen Voraussetzungen eine fremdenpolizeiliche Ausweisung zulässig ist. Demgemäss kann⁸⁰¹ ein Ausländer nur dann ausgewiesen werden:

- wenn er wegen eines Verbrechens oder Vergehens bestraft wurde (Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG)⁸⁰².
- wenn sein Verhalten im allgemeinen und seine Handlungen darauf schliessen lassen, dass er nicht gewillt oder fähig ist, sich in die im Gaststaat geltende Ordnung einzufügen (Art. 10 Abs. 1 lit. b ANAG). Diese Voraussetzung wird in Art. 16 Abs. 2 ANAV dahingehend konkretisiert, dass darunter namentlich schwere oder wiederholte Verstösse gegen gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen, grobe Verletzungen allgemeiner Gebote oder der Sittlichkeit, fortgesetzte böswillige oder liederliche Nichterfüllung öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Verpflichtungen oder sonstige fortgesetzte Liederlichkeit oder Arbeitsscheu zu verstehen sind.
- wenn er infolge Geisteskrankheit die öffentliche Ordnung gefährdet und ihm die Heimkehr in seinen Heimatstaat möglich und zumutbar ist (Art. 10 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 ANAG).
- wenn er oder eine Person, für die er zu sorgen hat, der öffentli-

⁸⁰⁰ Vgl. Macheret, Immigration, S. 64/5; Moser, Ausländer, S. 435; Trautvetter S. 19.

⁸⁰¹ Wie beim Widerruf (vgl. hinten Abschnitt 5.3., S. 168) ist bei Vorliegen eines Ausweisungsgrundes diese nicht zwingend; vgl. Art. 11 Abs. 3 ANAG, wo ausdrücklich der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verankert ist, so dass die gesamten Umstände, insbesondere auch die Interessen der Betroffenen mitzubерücksichtigen sind; BBl. 1978 II 225; 1929 I 918/9; BGE 103 Ib 174, wo in ähnlichem Zusammenhang aus dem in Art. 11 Abs. 4 ANAG verwendeten Begriff "kann" auf einen Ermessensentscheid der Behörden geschlossen wurde; BGE 98 Ib 4; Moser, Ausländer, S. 436; Ruth N 118; Ziegler S. 109.

⁸⁰² Es handelt sich hier aber nicht um eine Strafe, sondern um eine sicherheitspolizeiliche Anordnung, die vom Verschulden des Betroffenen unabhängig ist, vgl. Aubert, Etrangers, S. 234; Moser, Ausländer, S. 436.

chen Wohltätigkeit fortgesetzt und in erheblichem Masse zur Last fällt, wobei ihm die Heimkehr in seinen Heimatstaat möglich und zumutbar sein muss und unnötige Härten vermieden werden sollen (Art. 10 Abs. 1 lit. d und Abs. 2, Art. 11 Abs. 3 ANAG). Dieser Grund spielt für den Grenzgänger, der weiterhin seinen Wohnsitz im Ausland behält, keine Rolle.

Für die Anordnung der Ausweisung zuständig ist gemäss Art. 16 Abs. 1 ANAV der Bewilligungskanton sowie der Kanton, auf dessen Gebiet ein Ausweisungsgrund verwirklicht wurde. Hinsichtlich der zeitlichen Geltung kann die Ausweisung befristet auf mindestens zwei Jahre oder unbefristet ausgesprochen werden⁸⁰³. Die ausgesprochene Verfügung erstreckt sich grundsätzlich auf das ganze Gebiet der Eidgenossenschaft und ist dem EJPD mitzuteilen⁸⁰⁴.

5.4.4.3. Die politische Ausweisung

Art. 70 BV verleiht dem Bund die Kompetenz, Fremde, welche die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährden, möglichst rasch aus dem schweizerischen Gebiet zu entfernen⁸⁰⁵. Im Interesse eines möglichst allgemein gehaltenen Notwehrrechtes des Staates wurde diese Verfassungsbestimmung auch nicht in anderen gesetzlichen Regelungen inhaltlich weiter konkretisiert⁸⁰⁶. Die Ausweisung wird aufgrund eines Antrages der Bundesanwaltschaft durch den Bundesrat ausgesprochen⁸⁰⁷. Für die Voraussetzungen der politischen Ausweisung kann auf die Ausführungen zur politischen Einrei-

⁸⁰³ Art. 11 Abs. 1 ANAG

⁸⁰⁴ Art. 10 Abs. 3 ANAG; Art. 16 Abs. 5 und Abs. 9 ANAV.

⁸⁰⁵ Dabei spricht Art. 70 BV fälschlicherweise von "wegweisen" statt von "ausweisen"; Hofmann, SJZ 1971, S. 290

⁸⁰⁶ Vgl. dazu StenBull. 1899, 1017; Sträuli S. 61; dagegen wäre eine Regelung in Entwurf Art. 53 Abs. 1 enthalten gewesen.

⁸⁰⁷ Art. 19 Abs. 2 des "BRB betreffend die Zuständigkeit der Departemente und der ihnen unterstellten Amtsstellen zur selbständigen Erledigung von Geschäften" vom 17. November 1914 (SR 172.011).

sesperre verwiesen werden⁸⁰⁸.

5.4.4.4. Die strafgerichtliche Landesverweisung

Bei der gerichtlichen Landesverweisung handelt es sich um eine Nebenstrafe⁸⁰⁹ des schweizerischen Strafgesetzbuches. Sie wird nicht von Verwaltungsbehörden, sondern vom Richter im Strafverfahren ausgesprochen. Deshalb unterscheidet sie sich von den vorgehend dargelegten Ausweisungsarten deutlich hinsichtlich des Verfahrens, der gesetzlichen Grundlage und ihrer Zwecksetzung⁸¹⁰. So bezweckt sie in erster Linie weder den Schutz der äusseren und inneren Sicherheit noch denjenigen der öffentlichen Ordnung, sondern wird unter dem Aspekt der Bestrafung und der Besserung verhängt⁸¹¹. Deshalb setzt diese Ausweisungsart im Gegensatz zu den anderen beiden ein Verschulden des Ausländers im strafrechtlichen Sinne voraus⁸¹². Heute wird in der Strafrechtslehre aber auch die Ansicht vertreten, dass die Nebenstrafe der Landesverweisung nicht in die Kompetenz des Richters und damit in das StGB hineingeht⁸¹³.

Art. 55 des schweizerischen Strafgesetzbuches (=StGB) bzw. Art. 40 des Militärstrafgesetzbuches (=MStG) nennen als zwingende Voraussetzung für die gerichtliche Landesverweisung die Verur-

⁸⁰⁸ Hinten Abschnitt 5.4.3.1., S. 173. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, vgl. BBl. 1986 II 599.

⁸⁰⁹ Vgl. Hofstetter S. 154; Kottusch, Niederlassungsbewilligung, S. 541; Schultz (S. 130) betrachtet sie demgegenüber als "sichernde Massnahme".

⁸¹⁰ So BGE 105 Ib 168; 104 IV 190 Erw. 4; 98 Ib 470; 97 I 62; VPB 1977, Nr. 94; Hofmann, SJZ 1971, S. 288; a. M. Pfenniger, SJZ 1957, S. 317/8.

⁸¹¹ Vgl. VPB 1938, Nr. 76; Kammermann, Ausweisung, S. 88; Pfanner S. 207; Sulger-Büel S. 95; Schultz (S. 103) stellt jedoch den Sicherheitsgedanken der Landesverweisung in den Vordergrund.

⁸¹² So Hofmann, SJZ 1957, S. 313; Kammermann, Ausweisung S. 77, 88; a. M. Pfenniger, SJZ 1957, S. 317

⁸¹³ So Schultz S. 131.

teilung zu einer Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe. Auf Grund von Art. 335 i. V. m. Art. 104 Abs. 2 StGB können die Kantone in dem ihnen verbliebenen Bereich eine Landesausweisung auch für geringere Delikte im Gesetz vorsehen⁸¹⁴. Dabei hat der Richter einen weiten Ermessensspielraum⁸¹⁵. Nur bei einer Verurteilung wegen gewerbsmässiger Kuppelei (Art. 199 Abs. 3 StGB) oder Frauen- und Kinderhandel (Art. 202 Ziff. 4 StGB) ist die Anordnung einer Landesverweisung zwingend. Bei seinem Entscheid hat der Richter primär vom Mass des Verschuldens auszugehen⁸¹⁶. Rein fremdenrechtliche Ueberlegungen sind dabei für den Strafrichter ohne Belang⁸¹⁷.

⁸¹⁴ Vgl. Moser, Ausländer, S. 440; Sulger-Büel S. 95; insbesondere die Darstellung von Trautvetter S. 86; So z. B. § 11 des kantonalen Straf- und Vollzugsgesetzes des Kantons Zürich (GS 331), der bei einer Haftstrafe wegen Arbeitsscheu die Landesverweisung ins Ermessen des Richters stellt.

⁸¹⁵ Da einige der im allgemeinen zu berücksichtigenden Kriterien - so z. B. die im Aufenthaltsstaat geschaffenen familiären und persönlichen Beziehungen, diejenigen des Verurteilten zum Heimatstaat oder die Resozialisierungsmöglichkeit - auf den Grenzgänger kaum anwendbar sind, muss der Richter v. a. auf die zukünftige Deliktsgefahr und das bisherige Verhalten des Grenzgängers abstellen.

⁸¹⁶ Art. 63 StGB; BGE 104 IV 223 Erw. 1b; Trautvetter S. 33.

⁸¹⁷ Auch die Dauer der Landesverweisung wird grundsätzlich dem Richter überlassen. Das Gesetz bestimmt diesbezüglich nur, dass sie zwischen 3 und 15 Jahren festzulegen sei. Bei Eintritt eines Rückfalles kann sie dagegen auf Lebenszeit ausgesprochen werden (Art. 55 Abs. 1 StGB). Ein Verstoß gegen einen auferlegten Landesverweis kann gemäss Art. 291 StGB mit Gefängnis geahndet werden.

6. DER RECHTSSCHUTZ DES GRENZGAENGERS

6.1. Allgemeine Bemerkungen

6.1.1. Das Verhältnis von Kantons- und Bundesrecht im Bereich des Prozesswesens

Mit dem Vollzug des Fremdenrechts wurde den Kantonen grundsätzlich auch die Regelung der Rechtspflege zugewiesen. Diese in der Schweiz allgemein übliche Aufteilung führt dazu, dass eine Vielzahl unterschiedlicher Prozessordnungen besteht, was einer einheitlichen Darstellung des prozessualen Verfahrens entgegensteht⁸¹⁸. So können die Kantone grundsätzlich frei bestimmen, gegen welche Verwaltungsakte sie wieviele Rechtsmittel zulassen wollen und wie diese ausgestaltet werden sollen. In der Fremdenrechtsgesetzgebung des Bundes wird diese Freiheit jedoch durch einige rudimentäre Bestimmungen eingeschränkt. Hinzu kommt, dass der Bund nicht nur für seinen eigenen Wirkungsbereich, sondern teilweise auch für den kantonalen Vollzugsbereich Rechtsmittelinstanzen zur Verfügung stellt. Dabei kann generell festgestellt werden, dass sich die Bundeskontrolle grundsätzlich mit zunehmender Verfestigung der aus dem materiellen Recht ableitbaren Rechtsstellung des Grenzgängers vergrößert⁸¹⁹. Auch dort, wo das materielle Recht den Kantonen in ihren Entscheidungen eine relativ erhebliche Selbständigkeit belässt, finden sich bundesrechtliche Anforderungen an das kantonale Rechtsmittelverfahren. Der Rechtsschutz des Grenzgängers hängt daher primär davon ab, wie das kantonale Verfahrensrecht unter Beachtung der bundesrechtlichen Vorgaben ausgestaltet ist und welche

⁸¹⁸ Vgl. Moser, Ausländer, S. 466.

⁸¹⁹ Dies folgt daraus, dass mit der Ermessenseinschränkung der kantonalen Behörden eine Verfestigung des Ausländerstatus einhergeht, weshalb eine strengere Bundeskontrolle zugelassen wird, vgl. Macheret, Immigration, S. 130.

Rechtsstellung ihm das materielle Recht zugesteht.

6.1.2. Bundesrechtliche Vorgaben zur Einräumung von Rechtsmittelinstanzen

Durch Art. 19 Abs. 1 i. V. m. Art. 15 Abs. 2 ANAG werden die Kantone verpflichtet, für die für den Ausländer bedeutsamen Entscheidungen über die Erteilung und den Fortbestand der Aufenthaltserlaubnis sowie für die Ausweisung eine Rechtsmittelinstanz vorzusehen, es sei denn, der Entscheid obliege bereits der Exekutivspitze, d. h. dem Regierungsrat oder einem Departementschef, oder es stehe ein Rekurs an eine eidgenössische Behörde offen^{§20}. Unter einem Rechtsmittel an eine "eidgenössische Behörde" ist dabei nur eine Beschwerde an den Bundesrat oder an die ihm unterstehende Verwaltung, nicht aber an das Bundesgericht zu verstehen^{§21}. Da dem Grenzgänger in keinem der genannten Fälle gegen einen kantonalen Entscheid eine derartige Beschwerdemöglichkeit zusteht^{§22}, steht ihm von Bundesrechts wegen ein kantonales Rechtsmittel oder ein erstinstanzlicher Entscheid der Exekutivspitze zu.

^{§20} Dieser Rechtsweg muss auch dem sich nicht in der Schweiz aufhaltenden Ausländer offen stehen, entstünde andernfalls doch ein Widerspruch zum Zweckgedanken der vorgängigen Zusicherung von Art. 6 Abs. 2 ANAV bzw. Art. 1 ZBRB; gl. M. Pfanner S. 138; Ruth N 66.

^{§21} Vgl. BGE 106 Ib 126; Moser, Ausländer, S. 465 N 365; Pfanner S. 220.

^{§22} Für einen die Bewilligung verweigernden Entscheid ist gemäss Art. 18 Abs. 1 ANAG eine Beschwerde an eine eidgenössische Behörde grundsätzlich ausgeschlossen. Das gleiche gilt wegen der Subsidiarität der Beschwerde an den Bundesrat gegenüber der Verwaltungsgerichtsbeschwerde für einen Ausweisungsentscheid.

6.1.3. Die Vorgaben des Bundes zum Rechtsmittelverfahren

Neben der Garantie einer Rechtsmittelinstanz können dem Bundesrecht auch einige Verfahrensvorschriften für das Rechtsmittelverfahren entnommen werden. Aus der Fremdenrechtsgesetzgebung selbst lässt sich neben den bereits für den Erstentscheid zustehenden Verfahrensvorschriften allerdings für das Rechtsmittelverfahren nur ein Recht auf Akteneinsicht ableiten, sofern dem nicht die öffentliche Ordnung oder Sicherheit entgegenstehen⁸²³. Soweit es sich um einen letztinstanzlichen kantonalen und nicht endgültigen Entscheid handelt⁸²⁴, sind schon gemäss Art. 1 Abs. 2 VwVG weitere Verfahrensrechte gewährleistet, so z. B. eine ausführliche Rechtsmittelbelehrung⁸²⁵ und eine schriftliche Begründung⁸²⁶. Die grösste Bedeutung kommt aber wiederum den in Art. 4 BV gewährleisteten verfahrensrechtlichen Minimalgarantien zu⁸²⁷. Im Rahmen dieser Bestimmungen steht den Kantonen jedoch die Ausgestaltung des Rechtschutzverfahrens vollkommen frei.

6.1.4. Die Kognition der Rechtsmittelinstanzen

Hinsichtlich der Kognition der Rechtsmittelinstanzen ist zwischen dem verwaltungsinternen und der verwaltungsunabhängigen externen Rechtspflege zu unterscheiden. Bei der verwaltungsinternen Kontrolle ist das Prüfungsrecht unbeschränkt, d. h. die Rechtsmittelinstanz ist nicht nur auf eine Rechts- und Sachverhaltskontrolle beschränkt, sondern kann auch Ermessensentscheide auf ihre Ange-

⁸²³ Art. 19 Abs. 2 ANAG.

⁸²⁴ Auf andere kantonale Verfahren findet das VwVG auch in Vollziehung des Bundesrechtes keine Anwendung, vgl. Kölz/Kottusch S. 426, 429 f.; Moser, Ausländer, S. 464; a. A. Wüthrich N 722.

⁸²⁵ Diese muss gemäss Art. 35 Abs. 2 VwVG das zulässige ordentliche Rechtsmittel, die Rechtsmittelinstanz und die Rechtsmittelfristen nennen.

⁸²⁶ Zur Frage des Uebersetzungsanspruches vgl. Pfanner S. 143.

⁸²⁷ Hinten Abschnitt 3.5.2.2., S. 135.

messenheit überprüfen⁸²⁸. Diese Kontrolle erfüllt ihren Zweck jedoch nur dann, wenn die Oberbehörde von dem ihr zugewiesenen Recht Gebrauch macht. Vielfach ist diese jedoch versucht, sich ganz auf die Vorarbeit und die Ermittlungen der Vorinstanz abzustützen und dem getroffenen Entscheid mit grosser Zurückhaltung zu begegnen⁸²⁹.

Demgegenüber ist die gerichtliche Rechtsmittelinstanz in ihrem Ueberprüfungsrecht eingeschränkt. So steht es ihr in der Regel nicht zu, eine Ermessenskontrolle in dem Sinne vorzunehmen, dass sie das Ermessen der Vorinstanz durch ihr eigenes ersetzt⁸³⁰. Das den Verwaltungsbehörden vom Gesetz eingeräumte Ermessen muss respektiert werden. Die Gerichte sind deshalb grundsätzlich auf eine Sachverhalts- und Rechtskontrolle⁸³¹ beschränkt. Dem Zuweisungsentscheid zur verwaltungsinternen oder zur gerichtlichen Kontrolle liegt das Bestreben des Gesetzgebers zu Grunde, einen Ausgleich zwischen dem Rechtsschutzgedanken der Betroffenen und der politischen Handlungsfreiheit der Exekutive zu schaffen⁸³². Ueberall dort, wo das Ermessen der Behörden durch die rechtliche Ordnung eingeschränkt wurde, sollte daher eine Gerichtskontrolle zugelassen sein⁸³³.

⁸²⁸ Damit kann sie ihre eigenen Zweckmässigkeitsüberlegungen anstelle derjenigen der Vorinstanz setzen. Sie trifft dabei einen neuen selbständigen Entscheid, bei welchem sie die Sachlage ex nunc, d. h. zur Zeit ihres Entscheides, berücksichtigt, vgl. Ruth N 129.

⁸²⁹ Dies v. a. dann, wenn die Rechtsmittelinstanz durch interne Weisungen bereits mehr oder weniger an der angefochtenen Entscheidung beteiligt war oder die Instruktion der Beschwerde durch den Erstentscheider vorgenommen wird, vgl. dazu Pflughard S. 450 f.

⁸³⁰ Vgl. Art. 104 OG; Art. 122 VwVG des Kantons Jura (RS des Kantons Jura Nr. 175.1); Vallender S. 820; Wüthrich N 721.2.

⁸³¹ Zur Rechtskontrolle werden allerdings auch Ermessensfehler, d. h. Ermessensmissbrauch, Ermessensüberschreitung wie auch Ermessensunterschreitung, gerechnet, BGE 106 Ib 135.

⁸³² Vgl. dazu BBl. 1965 II 1306 f.; Bertossa S. 69; Macheret, Immigration, S. 124. Diesem Gedanken folgt das Bundesgericht auch bei seiner Rechtsprechung, vgl. Hofstetter S. 21.

⁸³³ Vgl. Hofstetter S. 218; Macheret, Immigration, S. 130.

6.2. Rechtsmittel gegen die Bewilligungsverweigerung

6.2.1. Die verschiedenen Verweigerungsfälle

Die folgenden Ausführungen beziehen sich nicht nur auf die Ablehnung eines erstmaligen Gesuches um Erteilung einer Grenzgängerbewilligung. Weil auch bei deren Verlängerung wie auch, da damit der Hauptinhalt der Bewilligung tangiert ist, anlässlich des Entscheides über einen Stellen-, Berufs- oder Kantonswechsel vom Vorliegen eines neuen eigenständigen Bewilligungsverfahrens ausgegangen werden muss, stehen die im weitem auszuführenden Rechtsmittel auch im Falle diesbezüglicher Bewilligungsverweigerungen zur Verfügung.

In den wenigen Kantonen, in denen vorerst nur eine Zusicherung abgegeben wird und die eigentliche Bewilligung erst bei der Anmeldung bei Stellenantritt erfolgt⁸³⁴, können diese Rechtsmittel sowohl gegen den Zusicherungs- als auch gegen den Bewilligungsentscheid ergriffen werden. Dabei ist von Bedeutung, dass dem Grenzgänger mit der Zusicherung unter dem Vorbehalt "besonderer Gründe" ein Anspruch auf eine Bewilligungserteilung zusteht⁸³⁵.

6.2.2. Der Rechtsschutz im kantonalen Verfahren

Da die Entscheidung über die Zulassung der Grenzgänger in keinem der Grenzkantone der Exekutivspitze, d. h. der Gesamtregierung oder einem Departementschef zugewiesen wird, steht dem Grenzgänger in der ganzen Schweiz von Bundesrechts wegen mindestens ein kantonales Rechtsmittel zu⁸³⁶. Während ein Teil der Kan-

⁸³⁴ Es handelt sich um die Kantone Graubünden und Wallis, vgl. hinten Abschnitt 3.5.3., S. 137.

⁸³⁵ Siehe dazu hinten Abschnitt 3.5.3., S. 137.

⁸³⁶ Hinten Abschnitt 6.1.2., S. 184.

tone zwei Rechtsmittel zur Verfügung stellt⁸³⁷, beschränken sich andere kantonale Prozessordnungen auf den vom Bundesrecht vorgeschriebenen minimalen Rechtsschutz⁸³⁸. Die Kantone haben dabei zwischen dem Rechtsschutzbedürfnis des Ausländers und der Prozessökonomie abzuwägen⁸³⁹. Mit der Rechtskontrolle wird zumeist das übergeordnete Departement bzw. der Regierungsrat betraut, doch ist in wenigen Kantonen auch die Anrufung einer besonderen Kommission⁸⁴⁰ oder sogar eines unabhängigen⁸⁴¹ Verwaltungsgerichtes⁸⁴² vorgesehen.

Zur Ergreifung eines Rechtsmittels sind gemäss Bundesrecht sowohl der Ausländer als auch der schweizerische Arbeitgeber legitimiert⁸⁴³. Angefochten wird dabei die getroffene Ablehnungsverfügung, die gemäss der kantonalen Kompetenzordnung entweder von der Ausländer- oder von der Arbeitsmarktbehörde getroffen wurde.

⁸³⁷ So z. B. die Kantone Aargau, Appenzell-Ausserrhodon, Basel-Stadt (soweit die Ausländerbehörde zuständig ist), Bern, Graubünden, Jura, Neuenburg, Schaffhausen, Solothurn, Tessin und Wallis.

⁸³⁸ So z. B. die Kantone Appenzell-Innerrhodon, Basel-Stadt (soweit das Arbeitsamt zuständig ist), Genf, St. Gallen, Thurgau, Waadt und Zürich.

⁸³⁹ Vgl. Moser, Ausländer, S. 466.

⁸⁴⁰ So z. B. im Kanton Waadt, vgl. Hofstetter S. 215; Moor/Hofstetter S. 28; Pfanner S. 219.

⁸⁴¹ Vgl. aber die auch hier eingeschränkte Kognition der Gerichte.

⁸⁴² Vgl. z. B. die Regelung im Kanton Jura (Art. 19 Abs. 2 RS des Kantons Jura Nr. 142.21).

⁸⁴³ Grundsätzlich obliegt die Regelung der Legitimation zwar als Verfahrensgegenstand der kantonalen Gesetzgebung, doch würde eine Legitimationsverweigerung der Gesuchsregelung in Art. 6 Abs. 2 ANAV i. V. m. der Rechtsmittelregelung in Art. 19 Abs. 1 ANAG zuwiderlaufen und damit der Durchsetzung von Bundesrecht entgegenstehen. Dies betrifft jedoch nicht Drittpersonen, die einen positiven Zulassungsentscheid anfechten wollen, da sie nicht als Gesuchsteller zu betrachten sind. Ihre Beschwerdelegitimation richtet sich allein nach kantonalem Recht.

6.2.3. Der bundesrechtliche Rechtsschutz

6.2.3.1. Der verwaltungsinterne Rechtsweg und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde

Im Sinne des grundsätzlichen Aufzwingungsverbotes von Ausländern enthält Art. 18 Abs. 1 ANAG die folgende Bestimmung:

"Der eine Bewilligung verweigernde kantonale Entscheid ist endgültig."

Art. 18 Abs. 1 ANAG muss aber im Lichte des später erlassenen OG gesehen werden, welches grundsätzlich gegen auf öffentliches Recht des Bundes gestützte letztinstanzliche Verfügungen der Kantone eine Beschwerde ans Bundesgericht zulässt⁸⁴⁴. Dieses erklärt in Art. 169 Abs. 1 alle ihm widersprechenden Bestimmungen für aufgehoben. Der Ausschluss von Art. 18 Abs. 1 ANAG betrifft deshalb lediglich den Verwaltungsweg⁸⁴⁵.

Steht einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus der Sicht des ANAG nichts im Wege, so hat das OG seinerseits die Beschwerdemöglichkeit auf dem Gebiete des Fremdenrechts durch Art. 100 lit. b erheblich eingeschränkt. Im Zulassungsverfahren ist gemäss Art. 100 lit. b Ziff. 3 OG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ausgeschlossen, soweit dem Gesuchsteller aus dem Bundesrecht oder aus Staatsverträgen kein Bewilligungsanspruch eingeräumt wird⁸⁴⁶. Es

⁸⁴⁴ Art. 97 OG i. V. m. Art. 5 VwVG; Gygi, Bundesgericht, S. 202 f.

⁸⁴⁵ Vgl. BGE 106 Ib 126; BGE 93 I 5; Pfanner S. 220 f.; Moser, Ausländer, S. 472; ausgeschlossen ist insbesondere die Beschwerde an den Bundesrat, Art. 74 lit. e VwVG. Dem Vorbehalt der Staatsverträge über Niederlassung in Art. 22 ANAG, der gemäss Art. 79 i. V. m. Art. 73 Abs. 1 lit. b VwVG ev. sogar zur Beschwerde an die Bundesversammlung führen kann (vgl. VPB 1978, Nr. 3), kommt im Hinblick auf die Möglichkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde heute praktisch keine Bedeutung mehr zu, vgl. Fehr N 1.231; Pfanner S. 227; Wüthrich N 721.1.

⁸⁴⁶ Vgl. BGE 109 Ib 242 Erw. 3c; 106 Ib 127 Erw. 2b; 100 Ib 228 ff.; Pra. 1986, Nr. 86, S. 268. Zum Begriff des Rechts-

ist daher vom Grundsatz auszugehen, dass dem Grenzgänger gegen die Verweigerung der Grenzgängerbewilligung die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht zusteht, soweit er sich nicht auf einen staatsvertraglichen Anspruch berufen kann⁸⁴⁷.

In seiner Rechtsprechung zur BVO differenziert das Bundesgericht jedoch diesen Grundsatz. Im Hinblick darauf, dass die Frage der Unterstellung der Ausländer unter die BVO nicht mehr vom in Art. 4 ANAG festgesetzten Bereich des "freien Ermessens" erfasst werde, kam es zum Schluss, dass "die Verfügungen über die Unterstellung unter die Begrenzungsmassnahmen der VO/BR⁸⁴⁸ den Entscheiden über Erteilung oder Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung nicht gleichgestellt werden dürfe und daher nicht unter die Ausnahmebestimmung von OG Art. 100 lit. b Ziff. 3 fallen"⁸⁴⁹. Es trat daher, soweit es um die Frage der Kontingentsunterstellung ging, auf Verwaltungsgerichtsbeschwerden stets ein⁸⁵⁰. Da es sich dabei um einen grundsätzlichen rechtstheoretischen Entscheid handelt, muss dies, was vom Bundesgericht bisher offen gelassen wurde⁸⁵¹, auch dann gelten, wenn der Ausländer selbst als Beschwerdeführer auftritt⁸⁵².

Angesichts dieser Praxis muten jedoch zwei unveröffentlichte Entscheide des Bundesgerichtes befremdend an, die den Anwendungsbereich der Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf dem Gebiete

anspruches BGE 110 Ib 300.

⁸⁴⁷ Dies deshalb, weil ihm innerstaatlich ausser im Falle einer abgegebenen Zusicherung kein solcher Anspruch zusteht.

⁸⁴⁸ Darunter ist die BVO zu verstehen, Anmerkung des Verfassers.

⁸⁴⁹ BGE 111 Ib 173 Erw. 3a (= Pra. 1986, Nr. 87, S. 274); vgl. Moor/Hofstetter S. 31; in diesem Sinne auch Macheret, Immigration, S. 133; Pfanner S. 224; Wüthrich N 721.2. Daher muss dieser Entscheid in einer besonderen Verfügung enthalten sein, vgl. Pfanner S. 91 N 39.

⁸⁵⁰ Ausführliche Begründung in BGE 100 Ib 104 ff. Erw. 1b; bestätigt in 106 Ib 129/30; 109 Ib 242 Erw. 3 c (= Pra. 1984, Nr. 19); 110 Ib 68 (= Pra. 1984, Nr. 184); vgl. Raymond S. 377.

⁸⁵¹ BGE 110 Ib 69 Erw. 2d.

⁸⁵² Gl. M. Pfanner S. 224.

des Fremdenrechts ausserordentlich stark erweitern. In diesen wurde nämlich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde grundsätzlich dann für zulässig erklärt, wenn sich der Rechtsstreit auf die Anwendung der BVO beschränkt⁸⁵³. Das Bundesgericht stützte sich dabei auf BGE 109 Ib 241 Erw. 3d, was jedoch deshalb unzutreffend ist, weil das Bundesgericht damals nur deshalb auf die Klage eintrat, weil dieser Fall nicht nur individueller fremdenpolizeilicher Natur war⁸⁵⁴. Eine Ausdehnung der gerichtlichen Kontrolle auf dem Gebiet des Ausländerrechtes war damit aber nicht bezweckt⁸⁵⁵. Würde man diese neueste Tendenz in der Rechtsprechung weiter verfolgen, so wäre Art. 100 lib. b Ziff. 3 OG in grossem Masse ausgehöhlt. Dies deshalb, weil das Hauptgewicht im Falle der Zulassungsentscheide erwerbstätiger Ausländer auf den in der BVO weiter ausgeführten wirtschaftlichen Komponenten liegt⁸⁵⁶.

Ist dieser Rechtsprechung rechtsdogmatisch ablehnend gegenüber zu stehen, so kann ihr rechtspolitisch durchaus Beifall gezollt werden. Sie weist insbesondere auf den Interessenskonflikt des Bundesgerichtes hin, der sich aus dem Bestreben ergibt, den Ausländer vor behördlicher Willkür zu schützen ohne damit die bisherige Praxis bezüglich der Legitimation zur Ergreifung der staatsrechtlichen Be-

⁸⁵³ Unveröffentlichter Entscheid vom 7. Juni 1984 i. S. Ilpack Werk AG c. Kanton Tessin S. 12 Erw. 4; unveröffentlichter Entscheid vom 23. Januar 1985 i. S. Orologeria Anghinoni c. Kanton Tessin, S. 4: "...in altre parole il ricorso ha per oggetto l'applicazione dell'art. 21 dell'ordinanza e non è toccato della clausola d'inammissibilità sancita dell' art. 100 lett. b n. 3 OG."

⁸⁵⁴ Das Bundesgericht führte dazu aus (S. 244): "Bien que juridiquement cette dernière ne puisse s'appliquer qu'aux travailleurs étrangers, l'employeur sera tenu pratiquement d'adapter les conditions de tous ses travailleurs aux termes de la convention collective. Le sens de l'art 100 lettre b ch. 3 OJ ne saurait être d'empêcher dans une telle situation les employeurs suisses de recourir devant le Tribunal fédéral."; allgemein zu diesem Entscheid Reymond S. 375 ff.

⁸⁵⁵ Gl. M. Reymond S. 377.

⁸⁵⁶ Es erscheint zudem dogmatisch als sehr fragwürdig, dass durch die Aufstellung bundesrätlicher Vorschriften, die zum Teil schon vorher beachtete Grundsätze festlegt, ein Rechtsmittel zulässig wird, das vorher trotz ähnlich oder gar gleichen Abklärungen als durch das ANAG eindeutig ausgeschlossen betrachtet wurde.

schwerde aufgrund von Art. 4 BV⁵⁷ fallen zu lassen. Dieses Problem sollte aber nicht auf diese gekünstelt wirkende Weise geregelt werden, sondern, im Sinne der kritischen Stimmen in der Lehre, durch eine Aenderung in der Rechtsprechung zur staatsrechtlichen Beschwerde.

6.2.3.2. Die staatsrechtliche Beschwerde

Steht dem Grenzgänger kein anderes Bundesrechtsmittel offen, so kommt, da absolut subsidiär, die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte in Betracht⁵⁸. Im Vordergrund steht dabei die Rüge der Verletzung von Art. 4 BV, wobei zwischen der materiellen Willkür rüge und der formellen Rechtsverweigerung zu unterscheiden ist. In neuerer konstanter Rechtsprechung hat sich das Bundesgericht gestützt auf das in Art. 88 OG geforderte Rechtsschutzinteresse dagegen verwehrt, auf den Vorwurf der willkürlichen Bewilligungsverweigerung aus materiellen Gründen einzutreten⁵⁹. Soweit dem Ausländer kein Bewilligungsanspruch zustehe, sei sein Interesse nicht rechtlicher, sondern bloss tatsächlicher Art⁶⁰. Ungefestigter erscheint dagegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur formellen Rechtsverweigerung. Während das Bundesgericht dieser früher in seiner Rechtsprechung noch selbständigen Charakter zuwies und die Rüge auch ohne das bei der materiellen Willkürprüfung geforderte Rechtsschutzinteresse zulies⁶¹, modifizierte es diese Rechtsprechung neuerdings insofern, als es die Anrufung von Art. 4 BV nur noch in Zusammenhang mit auch im

⁵⁷ Vgl. nachfolgende Abschnitt 6.2.3.2., S. 192.

⁵⁸ Diese wird ebenfalls durch Art. 18 Abs. 1 ANAG nicht ausgeschlossen, vgl. BGE 99 Ib 4; Gygi, Bundesgericht, S. 203.

⁵⁹ BGE 109 Ib 180, 185; 106 Ib 133; 99 Ia 321; noch offen gelassen in BGE 93 I 5.

⁶⁰ BGE 98 Ia 651 Erw. 2.

⁶¹ BGE 106 Ib 132 Erw. 3; 105 Ia 276 Erw. d; 98 Ia 651.

kantonalen Recht garantierten Verfahrensvorschriften zulässt⁸⁶².

Diese Rechtsprechung stiess sowohl in bezug auf die formelle wie auch auf die materielle Komponente von Art. 4 BV in der Doktrin auf heftige Kritik⁸⁶³. Dieser Kritik gilt es sich anzuschliessen. Gerade im Fremdenrecht wird den Kantonen durch Art. 4 ANAG ein erhebliches Ermessen zugestanden, das einer richterlichen Kontrolle grundsätzlich entzogen bleiben soll. Darüber hinaus wird aber in Art. 4 ANAG auch festgelegt, dass sich die Behörden stets innerhalb des Rahmens der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland zu bewegen hätten. So wie den Ausländern die Kontrolle der Einhaltung der Staatsverträge zugesprochen wurde, haben sie als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips auch einen Anspruch auf willkürfreie Behandlung gemäss innerstaatlichem Recht⁸⁶⁴. Das Bundesgericht sollte daher der berechtigten Kritik vermehrt Rechnung tragen, und zwar nicht in der Weise, wie es in den beiden oben beschriebenen unveröffentlichten Entscheiden geschehen ist⁸⁶⁵, sondern durch die allgemeine Zulassung der sich auf Art. 4 BV berufenden Ausländer⁸⁶⁶.

⁸⁶² BGE 109 Ib 180; 107 Ia 185/6.

⁸⁶³ Vgl. Moor/Hofstetter S. 42 ff.; Moser, Ausländer, S. 471 ff.; Müller/Müller S. 214 f. m. w. H.; Pfanner S. 229 ff. m. w. H., der die Beschwerde bei der erstmaligen Bewilligungserteilung aber nicht zulassen will (S. 233).

⁸⁶⁴ Dies muss umso mehr gelten, als in einer direkt gegen sie gerichteten Verfügung ihre Rechtsstellung und die damit zusammenhängenden Rechte und Pflichten festgelegt werden; insofern kann nicht mehr von einem alleinigen tatsächlichen Interesse ausgegangen werden.

⁸⁶⁵ Hinten Abschnitt 6.2.3.1., S. 189.

⁸⁶⁶ Moor/Hofstetter (S. 44) schlagen die Schaffung einer eidgenössischen Rekurskommission vor. Eine andere weniger weit gehende Möglichkeit zur Verbesserung der Rechtsposition der Ausländer bestünde darin, den Kantonen eine gerichtliche Kontrollinstanz auf dem Gebiet des Ausländerrechtes analog dem heutigen Art. 19 Abs. 1 ANAG vorzuschreiben.

6.3. Die Rechtsmittel gegen die Aufhebung der Grenzgängerbewilligung

6.3.1. Rechtsmittel gegen den Widerruf einer Grenzgängerbewilligung

6.3.1.1. Die kantonalen Rechtsmittel

Für das kantonale Rechtsmittelverfahren kann im Falle des Widerrufs grundsätzlich auf die diesbezüglichen Ausführungen zur Bewilligungserteilung verwiesen werden⁸⁶⁷. Allerdings ist es möglich, dass für den Widerrufsentscheid nicht die Zulassungsbehörde, sondern eine ihr übergeordnete Instanz zuständig ist⁸⁶⁸, wodurch der Rechtsweg um eine Instanz verkürzt wird oder, soweit die Exekutivspitze dafür allein kompetent erklärt wird, ganz wegfällt.

6.3.1.2. Die Rechtsmittel des Bundes

Im Gegensatz zum Bewilligungsverfahren wird die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Anordnung eines Widerrufs durch Art. 100 lit. b OG nicht ausgeschlossen. Vielmehr geht aus Art. 101 lit. d OG hervor, dass "gegen Verfügungen über den Widerruf begünstigender Verfügungen" unter ausdrücklichem Hinweis auf Art. 100 lit. b Ziff. 3 OG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig ist. Den Betroffenen steht daher der Weg ans Bundesgericht offen. Dies gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung schon bei der blossen Androhung des Widerrufs⁸⁶⁹.

⁸⁶⁷ Hinten Abschnitt 6.2.2., S. 187.

⁸⁶⁸ So z. B. im Kanton Schaffhausen.

⁸⁶⁹ BGE 96 I 270.

6.3.2. Die Rechtsmittel gegen die Anordnung einer Einreisesperre

Da die Einreisesperre nur von den eidgenössischen Behörden verhängt werden kann, fallen kantonale Rechtsmittel ausser Betracht⁸⁷⁰.

Gegen die Anordnung der Einreisesperre ist die Beschwerde an das EJPD zulässig. Dies ergibt sich hinsichtlich Verfügungen des BFA aus Art. 20 Abs. 1 ANAG, gegenüber denjenigen der Bundesanwaltschaft aus Art. 44 ff. VwVG. Während das EJPD gestützt auf Art. 19 Abs. 3 ANAG Beschwerden gegen Einreisesperren des BFA endgültig zu entscheiden vermag, ist ihm dieses abschliessende Entscheidungsrecht in bezug auf Verfügungen der Bundesanwaltschaft nicht ausdrücklich übertragen. Da Art. 20 Abs. 3 ANAG als in Zusammenhang mit Art. 20 Abs. 1 ANAG stehend betrachtet werden muss und sich daher nur auf Einreisesperren des BFA bezieht, ist gegenüber Verfügungen der Bundesanwaltschaft die Beschwerde an den Bundesrat möglich⁸⁷¹. In beiden Fällen eindeutig ausgeschlossen ist demgegenüber gemäss Art. 100 lit. b OG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht⁸⁷².

⁸⁷⁰ Dies gilt auch dann, wenn die Einreisesperre im Auftrag des Bundes durch die kantonalen Behörden eröffnet wurde.

⁸⁷¹ In Entwurf Art. 80 Abs. 5 wäre demgegenüber für die Anordnung einer Einreisesperre die Beschwerde an den Bundesrat generell ausgeschlossen worden.

⁸⁷² BGE 110 Ib 397; Moor/Hofstetter S. 53 N 134. Es fragt sich allerdings, ob es richtig ist, eine Einreisesperre aus polizeilichen Gründen nicht von einer unabhängigen Gerichtsstanz überprüfen zu lassen, ist doch zumindest die zeitlich beschränkte Einreisesperre nur unter gewissen gesetzlich festgelegten Voraussetzungen zulässig.

6.3.3. Rechtsmittel gegen die Ausweisung

6.3.3.1. Rechtsmittel gegen die fremdenpolizeiliche Ausweisung

In bezug auf das kantonale Rechtsmittelverfahren kann wiederum auf die für die Bewilligungserteilung vorgesehene Regelung verwiesen werden⁸⁷³. Da jedoch die Ausweisung häufig von einer oberen Behörde ausgesprochen werden muss, kann dadurch der kantonale Rechtsweg verkürzt oder ganz ausgeschlossen sein⁸⁷⁴. Fehlt ein kantonaler Instanzenzug oder ist er erschöpft, so steht der Weiterzug an das Bundesgericht offen⁸⁷⁵. Dies gilt auch für die blossе Androhung der Ausweisung⁸⁷⁶.

6.3.3.2. Rechtsmittel gegen die politische Ausweisung

Der Bundesrat ist als eine der drei obersten Staatsgewalten grundsätzlich weder dem Bundesgericht noch der Bundesversammlung untergeordnet. Eine Ueberprüfung seiner Entscheide durch eine der andern beiden Instanzen wird deshalb sehr selten zugelassen⁸⁷⁷. Auf dem Gebiet der politischen Ausweisung sind sich Lehre und Rechtsprechung einig, dass dem Bundesrat das alleinige und endgültige Entscheidungsrecht zukommt⁸⁷⁸. Deshalb steht dem Betroffenen

⁸⁷³ Hinten Abschnitt 6.2.2., S. 187.

⁸⁷⁴ Vgl. Kammermann, Ausweisung, S. 129. So entscheidet z. B. in den Kantonen Aargau, Appenzell-Ausser rhoden, Basel-Stadt, Schaffhausen, Solothurn (der ausnahmsweise bei der Ausweisung als weiteres Rechtsmittel die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässt, vgl. GS des Kantons Solothurn Nr. 512.151, § 18 Abs. 5), Thurgau, Tessin, Waadt und Wallis das Departement (die Direktion), in den Kantonen Graubünden, St. Gallen und Zürich sogar die Regierung.

⁸⁷⁵ Art. 100 lit. b Ziff. 4 OG e contrario; BGE 103 Ib 374; 97 Ib 63; 96 Ib 269/70; Pfanner S. 220 f.; kritisch zur bundesgerichtlichen Kontrolle Hofstetter S. 202.

⁸⁷⁶ BGE 96 I 270; Pfanner S. 223.

⁸⁷⁷ Vgl. 98 lit. a OG; Art. 79 VwVG.

⁸⁷⁸ Vgl. BGE 97 I 63; StenBull. 1899, 1017; Burckhardt S. 636; Macheret, Immigration, S. 94.

gegen eine vom Bundesrat getroffene Ausweisungsverfügung kein Rechtsmittel zur Verfügung⁸⁷⁹.

6.3.3.3. *Rechtsmittel gegen den gerichtlichen Landesverweis*

Die ordentlichen Rechtsmittel im kantonalen Verfahren richten sich nach den kantonalen Strafprozessordnungen⁸⁸⁰. Diese weichen zum Teil erheblich voneinander ab. Ueberblicksweise ist bezüglich der Rechtspflege im Strafrecht zwischen einer Gruppe von Kantonen mit Rechtsmitteln (Appellation oder Berufung), einer Gruppe ohne Rechtsmittel und einer Gruppe, die für gewisse besonders leichte oder besonders schwerwiegende Delikte das grundsätzlich vorgesehene Rechtsmittel ausschliesst, zu unterscheiden⁸⁸¹. Soweit im Kanton eine Berufung zugelassen ist, handelt es sich um ein vollkommenes Rechtsmittel. Dies hat zur Folge, dass die obere Instanz nicht nur Rechts- und Tatsachenfragen überprüfen kann, sondern auch die Angemessenheit einer Landesverweisung⁸⁸².

Ist der kantonale Instanzenzug erschöpft, kann gegenüber einem ergangenen kantonalen Urteil gemäss Art. 12 Abs. 1 OG eine eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht ergriffen werden. Im Gegensatz zum kantonalen Rechtsmittel kann aber mit dieser nur die Verletzung von Bundesrecht, inklusive Ermessensfehler, gerügt werden. Damit ist dem Bundesgericht die Ueberprüfung von Tat- und Angemessenheitsfragen versagt⁸⁸³. Die

⁸⁷⁹ Vgl. Sulger-Büel S. 86; Ziegler S. 112; allgemein zum Verfahren BBl. 1986 II 599 f.; insbesondere ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht durch Art. 100 Abs. 1 lit. b OG ausgeschlossen, BGE 97 I 63; 96 I 269.

⁸⁸⁰ Gemäss Art. 64 bis BV ist auf dem Gebiet des Strafrechts die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung grundsätzlich den Kantonen überlassen.

⁸⁸¹ Vgl. dazu Hauser, Strafprozessrecht, S. 277 ff.

⁸⁸² Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 277.

⁸⁸³ BGE 104 IV 224; 104 Ib 154 Erw. 2 = Pra. 1978, Nr. 197; Hauser, Strafprozessrecht, S. 313/4; Trautvetter S. 38.

Rüge der Unangemessenheit eines Strafurteils bzw. einer ausgesprochenen Landesverweisung kann daher auf Bundesebene nicht angebracht werden. Wie bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde greift das Bundesgericht erst bei Ermessensfehlern ein⁸⁸⁴.

6.3.4. Rechtsmittel im Falle des Erlöschens der Grenzgängerbewilligung

Wenn eine Grenzgängerbewilligung erlischt, ergeht in der Regel keine beschwerdefähige Verfügung, weshalb grundsätzlich keine Rechtsmittel ergriffen werden können. Es ist jedoch möglich, dass über das Bestehen eines Erlöschensgrundes Uneinigkeit herrscht. In solchen Fällen muss es den Betroffenen möglich sein, die zuständigen Stellen um eine Feststellungsverfügung anzugehen⁸⁸⁵. Diese unterliegt dann, da es darin um den Fortbestand der Bewilligung geht, dem bereits für die Zulassung dargestellten kantonalen Rechtsschutzverfahren⁸⁸⁶.

Im Hinblick auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht ist dieser Fall nicht ausdrücklich geregelt. Bei dem den Behörden gegenüberstehenden Ausländer handelt es sich aber nicht um einen neuen Gesuchsteller, sondern um einen bisherigen Rechtsinhaber. Bis zu der sicheren Feststellung der Ungültigkeit einer Bewilligung ist ihm daher weiterhin der Schutz zuteil kommen zu lassen, der ihm als Rechtsträger zustehen würde. Dieser Fall steht daher einem Widerruf näher als der Bewilligungsverweigerung, weshalb auch hier der Weg an das Bundesgericht offen steht⁸⁸⁷.

⁸⁸⁴ BGE 104 Ib 331, 104 IV 224, 90 IV 79.

⁸⁸⁵ Das im Bunde gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG dafür notwendige schutzwürdige Interesse ist gegeben.

⁸⁸⁶ Hinten Abschnitt 6.2.2., S. 187.

⁸⁸⁷ Pra. 1986, Nr. 186; BGE 99 Ib 5 Erw. 2; BBl. 1965 II 1306/7; Moser, Ausländer, S. 477; Pfanner S. 190 N 3.

7. UEBERBLICK UEBER DIE BESTEUERUNG DER ERWERBSEINKOMMEN DER IN DER SCHWEIZ ZUGELASSENEN GRENZGAENGER

7.1. Die Besteuerung des Grenzgängers aufgrund der innerstaatlichen Gesetzgebung

7.1.1. Die Steuerhoheit in der Schweiz

Die Steuerhoheit fällt bei der Einkommensbesteuerung von Verfassungen wegen sowohl dem Bund als auch den Kantonen zu⁸⁸⁸. Während den Kantonen aufgrund von Art. 3 BV grundsätzlich die Besteuerung des Erwerbseinkommens zusteht⁸⁸⁹, kann der Bund gemäss Art. 41 ter Abs. 1 lit. c und Abs. 5 BV in beschränktem Ausmass auch eine Steuer auf diesem erheben⁸⁹⁰. Er hat mit dem Erlass des "BRB vom 9. Dezember 1940 über die Erhebung einer direkten Bundessteuer" (=BdBSt)⁸⁹¹ von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht. So sind gemäss Art. 3 Ziff. 1 lit. b BdBST natürliche Personen, die sich in der Schweiz aufhalten und hier eine Erwerbstätigkeit ausüben, steuerpflichtig, soweit keine abweichenden staatsvertraglichen Regelungen vorgenommen wurden.

7.1.2. Die Erhebung der Einkommenssteuer von Grenzgängern

Die direkte Bundessteuer wird zusammen mit den übrigen

⁸⁸⁸ Die Steuerhoheit der Gemeinden beruht hingegen nicht auf der Bundesverfassung, sondern richtet sich nach dem kantonalen Recht, vgl. Höhn, Steuerrecht, § 7 N 10, § 12 N 3.

⁸⁸⁹ Vgl. Höhn, Steuerrecht, § 12 N 2.

⁸⁹⁰ Sog. "Direkte Bundessteuer", ehemals "Wehrsteuer". Diese Befugnis ist jedoch gemäss Art. 41 Abs. 1 BV bis Ende 1994 befristet.

⁸⁹¹ SR 642.11.

Einkommenssteuern⁸⁹² auf Rechnung des Bundes durch die Kantone erhoben⁸⁹³. Die steuerliche Hauptlast liegt aber allgemein auf der kantonalen Besteuerung, weshalb sich, soweit der Grenzgänger überhaupt besteuert werden kann, das Steuerausmass und das Verfahren grundsätzlich nach dem am Arbeitsort geltenden kantonalen Steuergesetz richtet⁸⁹⁴. In der Regel sehen die Kantone für die Einkommensbesteuerung der Grenzgänger eine Quellenbesteuerung vor, die üblicherweise gemäss dem System der Sicherungssteuer⁸⁹⁵, der "echten Quellensteuer"⁸⁹⁶ oder der "unechten Quellenbesteuerung"⁸⁹⁷ erfolgt⁸⁹⁸. Dabei wird der Arbeitgeber verpflichtet, die Lohnsteuer vom Arbeitseinkommen⁸⁹⁹ des Grenzgängers jeweils abzuziehen und sie der zuständigen Steuerbehörde abzuliefern⁹⁰⁰. Begründet wird dieses Vorgehen damit, dass damit einerseits die Zahlung der Steuer durch den Grenzgänger, der mit der Schweiz nicht fest verbunden

⁸⁹² Darunter fallen neben der Bundessteuer v. a. die Kantons-, Gemeinde- und Kirchensteuer.

⁸⁹³ Art. 41 Abs. 5 lit. b BV.

⁸⁹⁴ Da jeder Kanton ein eigenes Steuergesetz erlassen hat, bestehen 26 kantonale Steuergesetze, die zum Teil im Verfahren wie auch im Tarif stark voneinander abweichen. Seit Jahren bestehen Bemühungen, diese Unterschiede durch eine Bundesgesetzgebung auszugleichen, vgl. Höhn, interkantonales Steuerrecht, § 2 N 8; Yersin S. 293 ff.

⁸⁹⁵ Bei diesem System wird zwar ein Quellenabzug vorgenommen, doch wird dieser mit dem Ergebnis der nachträglichen ordentlichen Veranlagung verrechnet, vgl. Zuppinger § 3 N 64.

⁸⁹⁶ Dabei wird die Steuer ohne Vornahme einer ordentlichen Veranlagung anhand besonders abgestufter Steuertabellen definitiv direkt vom Lohn abgezogen. In einigen Kantonen kann jedoch innerhalb einer gewissen Frist eine ordentliche Veranlagung von den Behörden wie auch vom Grenzgänger verlangt werden, vgl. Yersin S. 306.

⁸⁹⁷ Dem Grenzgänger wird dabei die Steuer direkt vom Lohn abgezogen, doch berechnet sich dieser Abzug aufgrund einer vorgängigen ordentlichen Veranlagung.

⁸⁹⁸ Vgl. dazu Höhn, Steuerrecht, § 14 N 83 ff. m. w. H.; Hofstetter S. 165 ff.; Reimann S. 92; Yersin S. 306; Zinsli S. 61 ff.

⁸⁹⁹ Zum anrechenbaren Einkommen vgl. Höhn, Steuerrecht, § 13 N 1 ff. m. w. H.; Zinsli S. 79 ff. Miteinbezogen werden zur Berücksichtigung der Progression auch Einkommen aus anderen Ländern, vgl. Ricq S. 396.

⁹⁰⁰ Vgl. Moser, Ausländer, S. 353. Als Gegenleistung für die dem Arbeitgeber obliegenden Pflichten - Veranlagung, Abzug und Ablieferung der Steuer, Abrechnungs- und Auskunftspflicht - wird ihm in den meisten Kantonen eine Entschädigung zugesprochen, vgl. dazu auch Zinsli S. 98 f., insbesondere zur rechtlichen Qualifikation der Stellung des Arbeitgebers S. 14 ff.

ist, gesichert wird, und andererseits damit, dass dem Grenzgänger damit komplizierte Steuerfragen erspart bleiben⁹⁰¹. Für die nähere Ausgestaltung der Quellenbesteuerung, insbesondere den Einbezug der Gemeinde-⁹⁰² und der direkten Bundessteuer⁹⁰³ sowie der Tarifabstufungen, sei auf die einzelnen, stark voneinander abweichenden kantonalen Gesetzgebungen verwiesen.

7.1.3. Die Anwendbarkeit des Bundes- und Kantonssteuerrechtes

Sowohl gegenüber dem Bundes- wie auch dem Kantonssteuerrecht bleiben die mit dem Ausland abgeschlossenen Vereinbarungen sowie die Normen des Bundesrechtes über die Verhinderung der Doppelbesteuerung vorbehalten⁹⁰⁴. Während der Bund allgemein mit einer Vielzahl von Ländern Abkommen zur Verhinderung einer Doppelbesteuerung (sog. Doppelbesteuerungsabkommen, DBA) abgeschlossen hat⁹⁰⁵, die grundsätzlich auch die Besteuerung der Grenzgänger⁹⁰⁶ erfassen, sind auch speziell nur den Grenzgänger betreffende Abkommen geschlossen worden. Diese Verträge wurden entweder vom Bund selbst oder aber vom Bund im Namen der Kantone abgeschlossen⁹⁰⁷. Die Abkommen des Bundes umfassen grundsätzlich alle ordentlichen und ausserordentlichen Steuern der Gemeinwesen⁹⁰⁸. Aber auch im Falle kantonalen Staatsverträge mit dem Ausland betrachtet der Bund grundsätzlich die getroffenen Vereinbarungen auch für die direkte Bundessteuer anwendbar⁹⁰⁹. Dem ist

⁹⁰¹ Vgl. Reimann S. 91; Yersin S. 305; allgemein zu den Vor- und Nachteilen der Quellenbesteuerung Zinsli S. 19 ff.

⁹⁰² Vgl. Zinsli S. 107

⁹⁰³ Vgl. Yersin S. 306; kritisch Zinsli S. 105.

⁹⁰⁴ Vgl. Art. 3 Abs. 1 BdBST; Höhn, Steuerrecht, § 3 N 58.

⁹⁰⁵ Vgl. zur Problematik der Grenzgängerbesteuerung Höhn, internationales Steuerrecht S. 164; Ricq S. 216 ff.

⁹⁰⁶ Deren Nationalität spielt zumeist keine Rolle, vgl. Moser, Ausländer, S. 341.

⁹⁰⁷ Zur Abschlusskompetenz vgl. hinten Abschnitt 2.4.1.1., S. 61.

⁹⁰⁸ Vgl. z. B. Art. 2 DBA-D; Art. 2 DBA-A; Art. 2 DBA-F.

⁹⁰⁹ Vgl. z. B. die heute aufgehobene Vereinbarung mit

jedoch entgegenzuhalten, dass für einen staatsvertraglichen Verzicht auf die Bundesbesteuerung die Genehmigung der Bundesversammlung notwendig wäre⁹¹⁰. Wenn auch dieser Mangel keinen Einfluss auf die völkerrechtliche Gültigkeit des Vertrages hat, sollte die Ausserachtlassung des Zustimmungsrechtes der Bundesversammlung nicht einfach hingenommen werden⁹¹¹. Die Besteuerung der Grenzgänger hängt daher in erster Linie von den in diesen Verträgen festgelegten Bestimmungen⁹¹² ab, auf die im folgenden kurz einzutreten ist.

7.2. Die Besteuerung der Grenzgänger aus Deutschland

7.2.1. Die staatsvertraglichen Regelungen

Die steuerliche Erfassung deutscher Grenzgänger in der Schweiz (und umgekehrt) wird in Art. 15 Abs. 4 und 5 des "Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen" (=DBA-D) vom 11. August 1971 geregelt⁹¹³. Dieser Vertrag findet gemäss Art. 1 nicht nur auf deutsche Staatsangehörige Anwendung, sondern auf alle Personen, "die in einem Vertragsstaat oder in beiden Vertragsstaaten ansässig sind"⁹¹⁴. Damit werden von diesem Abkommen auch in Deutschland ansässige, in der Schweiz als Grenz-

Frankreich vom 18. Oktober 1935, vorne Anhang 9.4., S. 259; anders dagegen die Uebereinkunft zwischen dem Kanton Genf und Frankreich, vorne Anhang 9.3., S. 257.

⁹¹⁰ Vgl. BBl. 1975 II 353; dazu hinten Abschnitt 2.4.1.2., S. 66.

⁹¹¹ Trotzdem wurde bezüglich des neuen Abkommens über die Grenzgängerbesteuerung mit Frankreich von einer Genehmigung der Bundesversammlung abgesehen, vgl. BBl. 1983 II 518.

⁹¹² Die Bestimmungen der Steuerabkommen vermögen dabei einen nicht leicht zu nehmenden Einfluss auf den Zustrom ausländischer Grenzgänger zu nehmen, vgl. Ricq S. 152 f.

⁹¹³ SR 0.672.913.62 = AS 1972, 3075.

⁹¹⁴ Vgl. zum Ausdruck "ansässig" die Präzisierung in Art. 4 DBA-D.

gänger tätige Drittausländer erfasst.

7.2.2. Der Grenzgänger im Sinne des DBA-D

Das DBA-D erwähnt in bezug auf die Person des Grenzgängers nur die Grenznähe des Arbeits- bzw. Wohnortes, überlässt darüber hinaus aber in allgemeiner Weise die Einzelheiten der Verständigung der zuständigen Behörden⁹¹⁵. Weitere Ausführungen über den steuerrechtlichen Begriff des Grenzgängers finden sich dagegen in dem nicht als Vertragsbestandteil geltenden⁹¹⁶ Verhandlungsprotokoll vom 18. Juni 1971⁹¹⁷. Als Grenzgänger werden demnach diejenigen Personen bezeichnet, die sich morgens an den innerhalb 30 km von der Grenze liegenden⁹¹⁸ Arbeitsort begeben und noch am gleichen Tag an ihren innerhalb 30 km von der Grenze liegenden Wohnsitz zurückkehren⁹¹⁹. Besondere Bestimmungen wurden für Schichtarbeiter und leitende Angestellte getroffen⁹²⁰. Dagegen sind alle anderen Personen, die zwar in tatsächlicher Hinsicht eine Grenzgängertätigkeit ausüben, im Sinne des Abkommens aber nicht unter die für Grenzgänger vorgesehenen Bestimmungen des DBA-D fallen, im Rahmen der allgemeinen Normen des DBA-D zu besteuern.

Diese Unterstellung der ausländischen Werk tätigen unter die

⁹¹⁵ Art. 15 Abs. 4 DBA-D.

⁹¹⁶ BBl. 1971 II 1435.

⁹¹⁷ BBl. 1971 II 1477; vgl. Meyer-Marsilius/Hangartner Bd. 5, Ziff. 1 zu Art. 15.

⁹¹⁸ Massgebend ist dabei im Kanton Zürich die kürzeste Distanz zur Landesgrenze, vgl. Weisungen der Finanzdirektion des Kantons Zürich Ziff. 2 (OS 48, 57); Hangartner, DBA, S. 23; Zuppinger § 3 N 63.

⁹¹⁹ Vgl. Paetzold, Grenzgänger, S. 29. Das Verhandlungsprotokoll geht zwar noch etwas weiter, indem es bestimmt, dass sich einer der beiden Orte "in der Nähe" befinden muss. Dieser Begriff ist aber nirgends näher bestimmt, so dass davon auszugehen ist, dass ihm gegenüber der festgesetzten Maximaldistanz von 30 km keine weiter einschränkende Bedeutung beizumessen ist.

⁹²⁰ Vgl. Verhandlungsprotokoll zu Artikel 15 Abs. 4 Ziff. 2 und 4 DBA-D (BBl. 1971 II 1477); Hangartner, DBA, S. 23; Paetzold, Grenzgänger, S. 29 f.

besonderen Normen der Grenzgängerbesteuerung durch untergeordnete Verwaltungsbehörden muss als fragwürdig bezeichnet werden. Solche rechtspolitische Entscheidungen sollten im Staatsvertrag selbst geregelt sein und nicht an die Verwaltungsbehörden delegiert werden. Deren Zuständigkeit ist vielmehr grundsätzlich auf verwaltungstechnische Einzelheiten zu beschränken. Es wäre daher wünschenswert, anlässlich einer Neufassung des DBA-D die Grenzgängertätigkeit - speziell den persönlichen Geltungsbereich - ausführlicher in den Staatsvertrag zu integrieren⁹²¹.

7.2.3. Die Besteuerung der Grenzgänger aus Deutschland

Aus Art. 15 Abs. 4 DBA-D geht hervor, dass der Grenzgänger grundsätzlich nur im Wohnsitzstaat besteuert wird. Damit entfällt die Steuerhoheit des Bundes und der Kantone gegenüber deutschen Grenzgängern. Eine Ausnahme besteht gemäss Art. 15 Abs. 5 DBA-D für als leitende Angestellte⁹²² in einer Kapitalgesellschaft tätige Grenzgänger, sofern diese für die am Arbeitsort ansässige Unternehmung nicht nur Aufgaben ausserhalb des Sitzstaates vornehmen. Eine Besteuerung dieser Personen durch den Wohnsitzstaat erfolgt nur dann, wenn der Arbeitsort, d. h. Bund und Kanton, auf eine solche verzichten⁹²³.

⁹²¹ Es scheint darüber hinaus nicht richtig, nicht allen zugelassenen Grenzgängern grundsätzlich die gleiche steuerliche Behandlung zuteil kommen zu lassen. So ergibt sich ein sachlich nicht gerechtfertigter Widerspruch zur für die Zulassung massgeblichen Grenzzone, die auf etwa 60 km festgesetzt wurde, vgl. hinten Abschnitt 3.2.1.4.1., S. 96. Die Beschränkung auf eine Grenzzone von 30 km sollte daher aufgehoben werden, gl. M. Ricq 275, 397/8, 415.

⁹²² Darunter fallen Vorstandsmitglieder, Direktoren, Geschäftsführer und Prokuristen, vgl. BBl. 1971 II 1443; demgegenüber Höhn, Interkantonales Steuerrecht, § 7 N 31. Es ist noch einmal auf die besonderen Grenzgängerbestimmungen für diese Erwerbstätigen im Verhandlungsprotokoll vom 18. Juni 1971 (BBl. 1971 II 1477) hinzuweisen.

⁹²³ Art. 15 Abs. 5 letzter Satz DBA-D, sog. sekundäre Besteuerung.

Alle faktischen Grenzgänger, die nicht dem Grenzgängerbegriff des DBA-D entsprechen⁹²⁴, unterstehen grundsätzlich den allgemeinen für unselbständige Arbeitnehmer geltenden Bestimmungen des Abkommens. Sie werden daher am Arbeitsort, d. h. im zugelassenen Kanton besteuert⁹²⁵. Eine Wohnsitzbesteuerung greift dagegen auch hier Platz, wenn der Grenzgänger weniger als 183 Tage während des betreffenden Kalenderjahres in der Schweiz tätig war, die Vergütung vom oder für einen Arbeitgeber bezahlt wird, der nicht in der Schweiz ansässig ist oder die Vergütung "nicht von einer Betriebsstätte oder einer festen Einrichtung" getragen wird, die der Arbeitgeber in der Schweiz hat⁹²⁶.

7.3. Die Besteuerung der französischen Grenzgänger

7.3.1. Die staatsvertraglichen Regelungen

Ausgangspunkt der internationalen Steuerauscheidung auf dem Gebiet der Einkommenssteuer zwischen der Schweiz und Frankreich bildet das am 9. September 1966 abgeschlossene "Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Französischen Republik zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen" (=DBA-F)⁹²⁷. Diesem sind grundsätzlich alle Personen unterworfen, die in einem oder beiden Vertragsstaaten ansässig sind⁹²⁸. Für die Grenzgänger blieben dagegen gemäss Art. 17 Abs. 4 DBA-F in bezug auf die Kantone Ba-

⁹²⁴ So z. B. diejenigen, deren Wohnsitz sich ausserhalb der 30-km-Zone befindet.

⁹²⁵ Art. 15 Abs. 1 DBA-D; vgl. Ziff. 2 der Weisungen der Finanzdirektion des Kantons Zürich (OS 48, 57); Zuppinger § 3 N 63.

⁹²⁶ Art. 15 Abs. 2 DBA-D

⁹²⁷ SR 0.672.934.91 = AS 1967, 1077 ff.

⁹²⁸ Art. 1 i. V. m. Art. 4 DBA-F.

sel-Land, Basel-Stadt, Bern, Jura⁹²⁹, Neuenburg, Solothurn, Waadt und Wallis die spezielle Vereinbarung vom 18. Oktober 1935 und die damit verbundenen Brief- und Notenwechsel vorbehalten⁹³⁰. Mit seiner Botschaft vom 18. Mai 1983 unterbreitete der Bundesrat dem Parlament einen Vorschlag zur Aenderung des DBA-F, mit der gleichzeitig im Namen der oben erwähnten Kantone auch ein neues Grenzgängerbesteuerungsabkommen abgeschlossen werden sollte⁹³¹. Während dem DBA-F kein Erfolg beschieden war⁹³², fand die Neuregelung der Grenzgängerbesteuerung bei den Kantonen guten Anklang und wurde von allen acht zustimmungsberechtigten Ständen angenommen⁹³³. Dieses Abkommen ersetzt damit die bisherigen in Art. 17 Abs. 4 DBA-F vorbehaltenen Abreden⁹³⁴ und ist bereits für das Jahr 1985 anwendbar⁹³⁵.

Wie dies schon in den vorhergehenden Vereinbarungen der Fall war, ist auch zu diesem neuen Besteuerungsabkommen mit Frankreich der Kanton Genf nicht beigetreten. Für ihn ist daher grundsätzlich das DBA-F massgebend. Allerdings hat der Bundesrat auch im Namen des Kantons Genf ein Uebereinkommen mit Frankreich getroffen, in welchem der besonderen Stellung der Grenzgänger bzw. ihren Wohnsitzgemeinden Rechnung getragen wird⁹³⁶.

⁹²⁹ Vgl. dazu Lejeune, Jura, S. 19 f.

⁹³⁰ Leider wurde es versäumt, diese Abreden zu veröffentlichen. Sie sind daher, wenn auch nunmehr nur von geschichtlichem Interesse, vorne in Anhang 9.4., S. 259 aufgeführt.

⁹³¹ BBl. 1983 II 524 ff.; BBl. 1984 II 1181 ff. (Ergänzungsbotschaft zum DBA-F).

⁹³² Nach der Ablehnung des DBA-F durch den Nationalrat verzichtete Frankreich auf den Vertragsschluss desselben.

⁹³³ BBl. 1984 II 1187; zuletzt vom Kanton Waadt am 16. November 1986 (vgl. NZZ vom 16. November 1986, S. 18).

⁹³⁴ Aus formellen Gründen wäre daher auch Art. 17 Abs. 4 DBA-F anzupassen.

⁹³⁵ Art. 6 Abs. 2 sieht eine Rückwirkung des Abkommens auf den 1. Januar 1983 vor. Durch den Notenwechsel vom 2./5. September 1985 wurde das Datum des Inkrafttretens der Vereinbarung auf den 1. Januar 1985 verschoben, vgl. NZZ v. 24. Dezember 1986, S. 26.

⁹³⁶ Es handelt sich um den "Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française sur la compensation financière relative aux frontaliers travaillant à Genève" vom 29. Januar 1973, der leider auch nicht veröffentlicht wurde, vgl. vorne Anhang 9.3., S. 257; Ricq

7.3.2. *Der Begriff des Grenzgängers in den relevanten Steuerabkommen*

Gemäss Art. 3 des am 11. April 1983 abgeschlossenen Uebereinkommens mit Frankreich ist unter einem Grenzgänger "jede in einem Staat ansässige Person, die im anderen Staat eine bezahlte Tätigkeit bei einem in diesem Staat ansässigen Arbeitgeber ausübt und in der Regel jeden Tag⁹³⁷ in den Staat, in dem sie ansässig ist, zurückkehrt" zu verstehen; dabei fällt auf, dass auf die Festlegung einer Grenzzone verzichtet wurde. Demgegenüber findet man jedoch im DBA-F keine ausdrückliche Definition des Grenzgängers. Es ist daher auch im Verhältnis zwischen Genf und Frankreich vom Begriff des Grenzgängers in faktischem Sinn auszugehen, so dass auch hier auf das Kriterium der Grenzzone verzichtet wird⁹³⁸.

7.3.3. *Die steuerliche Behandlung der Grenzgänger aus Frankreich*

Die im Vertrag vom 12. April 1983 getroffene Regelung behält in Art. 1 für die in den betreffenden acht Kantonen tätigen Grenzgänger für jede Einkommensbesteuerung⁹³⁹ weiterhin den Grundsatz der Wohnsitzbesteuerung bei. Neu ist aber vorgesehen, dass der Wohnsitzstaat dem Erwerbsstaat einen finanziellen Ausgleich in der Höhe von 4,5 % vom Gesamtbetrag der jährlichen Bruttovergütungen der Grenzgänger zukommen lässt⁹⁴⁰. Damit ergibt sich für die be-

⁹³⁷ S. 265 ff., insbesondere zu den bisher geleisteten Zahlungen. Vgl. dazu Ricq S. 275.

⁹³⁸ Gl. M. Ricq S. 273; dies rechtfertigt sich auch im Hinblick auf die früher mit Frankreich abgeschlossenen Vereinbarungen, deren Geltungsbereich grundsätzlich auf alle "Angestellte und Arbeitnehmer" bezogen war (siehe vorne Anhang 9.4., S. 259).

⁹³⁹ Darunter fällt neben der kommunalen und kantonalen Steuer auch diejenige des Bundes.

⁹⁴⁰ Art. 1 i. V. m. Art. 2; gemäss Art. 4 wurden die Einzelheiten in einem von den Kantonen ebenfalls gutgeheissenen Briefwechsel vom 8. Juni 1984 festgelegt, vgl. BBl. 1984 II 1198 f.

troffenen Kantone eine wesentliche Verbesserung, wurden sie doch bisher an den am Wohnsitz erhobenen Steuererträgen nicht beteiligt⁹⁴¹.

Für die im Kanton Genf tätigen Grenzgänger aus Frankreich findet dagegen weiterhin der in Art. 17 Abs. 1 DBA-F vorgesehene Grundsatz der Besteuerung am Arbeitsort Anwendung. Um den durch die Grenzgänger den Wohnsitzgemeinden verursachten Infrastrukturkosten⁹⁴² Rechnung zu tragen, wurde jedoch vereinbart, dass der Kanton Genf zu Gunsten der betroffenen französischen Gemeinden eine Ausgleichszahlung von derzeit 3,5 % des Bruttoertrages des von den Grenzgängern bezogenen Einkommens leistet⁹⁴³. Von dieser Vereinbarung unberührt blieb jedoch die direkte Bundessteuer, die daher voll dem Bund belassen bleibt⁹⁴⁴.

7.4. Die Besteuerung der Grenzgänger aus dem Fürstentum Liechtenstein

7.4.1. Die staatsvertraglichen Regelungen

Das Fürstentum Liechtenstein ist eines der einzigen westeuropäischen Länder, mit dem die Schweiz bis heute noch kein DBA abgeschlossen hat⁹⁴⁵. Blieb die Regelung der Grenzgängerbesteuerung auf bundesrechtlicher Ebene aus, so konnte das Fürstentum Liechtenstein mit den Kantonen St. Gallen⁹⁴⁶ und Graubünden⁹⁴⁷ eine

⁹⁴¹ Eine kritische Würdigung zu dieser Regelung findet sich dagegen in der NZZ vom 24. Februar 1984, S. 23.

⁹⁴² Vgl. dazu Ricq S. 144, 265 ff.

⁹⁴³ Art. 1 lit. c der französisch-genferischen Vereinbarung, siehe vorne Anhang 9.3., S. 257.

⁹⁴⁴ BBl. 1975 II 353.

⁹⁴⁵ BBl. 1975 I 346.

⁹⁴⁶ "Liechtensteinisch-st. gallische Vereinbarung zur Vermeidung von Doppelbesteuerung" vom 20. Juni 1959, GS des Kantons St. Gallen Nr. 811.713.

⁹⁴⁷ Vertrag vom 26.8/9.10 1925 (unveröffentlicht), siehe vorne

staatsvertragliche Regelung abschliessen⁹⁴⁸. Im Verhältnis zu den anderen Kantonen ist aber eine Doppelbesteuerung durchaus möglich. Das Fürstentum Liechtenstein ist jedoch bestrebt, einer solchen durch die Verständigung mit den Kantonen entgegenzutreten. Wo indessen jedoch kein Konsens gefunden werden kann, rechnet das Fürstentum Liechtenstein die in den Kantonen zu entrichtenden Steuern an oder verzichtet im Hinblick auf eine Doppelbesteuerung ganz auf die Steuererhebung. Es mutet aber doch seltsam an, dass die Schweiz gerade mit demjenigen Nachbarn, mit dem sie ansonsten am stärksten verbunden ist, die Frage der Doppelbesteuerung nicht geregelt hat.

7.4.2. Die steuerliche Behandlung der Grenzgänger aus Liechtenstein

Soweit keine vertraglichen Abreden bestehen, unterliegen die aus dem Fürstentum Liechtenstein in der Schweiz tätigen Grenzgänger der kantonalen Besteuerung. Die genannten Abkommen mit St. Gallen und Graubünden sehen dagegen vor, dass "Personen, die in dem einen Staat ihren Wohnsitz und im anderen Staat ihren Arbeitsort haben und sich an jedem Arbeitstag dorthin begeben"⁹⁴⁹, nur im Wohnsitzstaat besteuert werden⁹⁵⁰. Mit dem Kanton Zürich wurde gemäss herrschender Praxis vereinbart, dass dieser 2/3 des Erwerbseinkommens besteuert, während dem Fürstentum Liechtenstein 1/3 überlassen bleibt⁹⁵¹.

Anhang 9.5., S. 263.

⁹⁴⁸ Diese Abkommen wurden ohne die Vermittlung des Bundesrates durch die jeweiligen Steuerverwaltungen, die dazu von den beteiligten Regierungen ermächtigt wurden, abgeschlossen. Vgl. dazu hinten Abschnitt 2.4.1.1., S. 61.

⁹⁴⁹ Art. 1 Abs. 2 der Vereinbarung mit St. Gallen; ähnlich im Abkommen mit Graubünden.

⁹⁵⁰ Unmassgeblich ist auch in diesen Abkommen die Staatsangehörigkeit der Grenzgänger.

⁹⁵¹ Vgl. zur Rechtsgrundlage den "Beschluss des Regierungsrates über Verständigungsverfahren im Verhältnis zum Fürstentum Liechtenstein" vom 17. Oktober 1968, in: Zürcher Steuerbuch, Bd. III A, Nr. 84/21.

7.5. Die Besteuerung der Grenzgänger aus Italien

7.5.1. Die staatsvertraglichen Regelungen

Mit der "Vereinbarung zwischen der Schweiz und Italien über die Besteuerung der Grenzgänger und den finanziellen Ausgleich zugunsten der italienischen Grenzgemeinden" vom 3. Oktober 1974⁹⁵² konnte nach langwierigen Verhandlungen⁹⁵³ eine Regelung für die Besteuerung der italienischen Grenzgänger gefunden werden. Der Staatsvertrag, der sich nur auf die Kantone Graubünden, Tessin und Wallis bezieht, musste vom Bund abgeschlossen werden, weil die direkte Bundessteuer miteinbezogen wurde⁹⁵⁴. Wie vorgesehen, wurde dieses Grenzgängerbesteuerungsabkommen schliesslich mit dem Abschluss des Doppelbesteuerungsabkommens mit Italien vom 9. März 1976 (=DBA-I)⁹⁵⁵ zu dessen Bestandteil⁹⁵⁶. Die beiden Abkommen wurden, wenn auch mit verschiedener zeitlicher Wirkung, durch den Notenaustausch vom 27. März 1979⁹⁵⁷ in Kraft gesetzt.

7.5.2. Der verwendete Begriff des Grenzgängers

Aus den Ausführungen der bundesrätlichen Botschaft geht hervor, dass die Vertragsparteien ausdrücklich auf eine besondere Begriffsbestimmung verzichteten⁹⁵⁸. Es ist diesem Begriff daher derjenige Gehalt zuzumessen, der dem Grundgedanken des Vertrages am nächsten kommt. Neben der Verhinderung einer Doppelbesteuerung des Grenzgängers besteht der Hauptzweck der Vereinbarung

⁹⁵² SR 0.642.045.43 = AS 1979, 457.

⁹⁵³ Vgl. dazu allgemein BBl. 1976 II 677 f.

⁹⁵⁴ BBl. 1975 II 353; vgl. dazu hinten Abschnitt 2.4.1., S. 60.

⁹⁵⁵ SR 0.672.945.41 = AS 1979, 460 ff.

⁹⁵⁶ Vgl. Art. 15 Abs. 4 und Art. 31 DBA-I; Art. 6 Abs. 3 des Grenzgängerbesteuerungsabkommens.

⁹⁵⁷ AS 1979, 487.

⁹⁵⁸ BBl. 1975 II 350 f.

darin, einen Ausgleich zwischen den dem Wohnsitzstaat durch die Grenzgänger verursachten Kosten zur Aufrechterhaltung der Infrastruktur und der von ihnen dem Beschäftigungsland zufließenden Steuereinnahmen zu schaffen. Unter diesem Aspekt muss darauf geschlossen werden, dass grundsätzlich jeder in der Schweiz beschäftigte Arbeitnehmer, der seine Freizeit jeweils in Italien an seinem Wohnsitz verbringt, vom Vertrag erfasst ist⁹⁵⁹.

7.5.3. Die vorgenommene Regelung

In den vertraglichen Bestimmungen ist vorgesehen, dass das Erwerbseinkommen⁹⁶⁰ der unselbständigen Grenzgänger nur der Besteuerung am Arbeitsort unterliegt. Die schweizerischen Kantone Graubünden, Tessin und Wallis müssen dafür jedes Jahr Ausgleichszahlungen im derzeitigen Ausmass von 40 %⁹⁶¹ des Bruttoertrages der erhaltenen eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Steuern⁹⁶² an Italien vornehmen⁹⁶³, die den belasteten italienischen Wohnsitzgemeinden der Grenzgänger zukommen sollen⁹⁶⁴.

⁹⁵⁹ Es ist daher vom Begriff des faktischen Grenzgängers auszugehen. Unmassgeblich ist daneben auch die Staatszugehörigkeit des Grenzgängers.

⁹⁶⁰ Gemäss Art. 1 sind darunter Gehälter, Löhne und andere Bestandteile der Vergütung, also auch Gratifikationen, Provisionen, Naturaleinkünfte, Trinkgelder usw. zu subsumieren.
⁹⁶¹ Art. 2 Abs. 2 der Uebereinkunft (SR 0.642.045.43).

⁹⁶² Die "Genfer Lösung" geht demgegenüber vom Bruttoertrag der ausbezahlten Grenzgängerlöhne aus, vgl. BBl. 1975 II 349 f.

⁹⁶³ Im umgekehrten Fall ist hingegen kein Ausgleich vorgesehen.

⁹⁶⁴ Vgl. dazu die in Art. 4 und 5 vorgesehenen Verfahrens- und Kontrollvorschriften.

7.6. Die Besteuerung der österreichischen Grenzgänger

7.6.1. Die staatsvertraglichen Regelungen

Die Besteuerung der Grenzgänger findet eine Regelung in Art. 15 Abs. 4 des "Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Oesterreich zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern von Einkommen und Vermögen" vom 30. Juni 1974 (=DBA-A)⁹⁶⁵. Der persönliche Geltungsbereich dieses Abkommens erstreckt sich gemäss Art. 1 DBA-A auf Personen, "die in einem Vertragsstaat oder in beiden Vertragsstaaten ansässig sind", ist also von der Staatsangehörigkeit unabhängig.

7.6.2. Der Grenzgängerbegriff im Doppelbesteuerungsabkommen

Als Grenzgänger wird diejenige natürliche Person bezeichnet, die in einem Vertragsstaat in der Nähe der Grenze ansässig ist und im anderen Vertragsstaat in der Nähe der Grenze ihren Arbeitsort hat, wohin sie sich üblicherweise an jedem Arbeitstag begibt⁹⁶⁶. Da es unbefriedigend wäre, die Grenzgängertätigkeit in einem gewissen Bereich vorzusehen, die Besteuerungsproblematik diesbezüglich aber nicht einheitlich zu regeln, muss davon ausgegangen werden, dass zumindest die im Abkommen über den kleinen Grenzverkehr vorgesehene Grenzzone⁹⁶⁷ vom Steuerabkommen erfasst wird.

⁹⁶⁵ SR 0.672.916.31 = AS 1974, 2083.

⁹⁶⁶ Auf den unbestimmten geographischen Begriff der "Grenz-nähe" sollte verzichtet werden, entspricht er doch keinem der mit diesem Abkommen verfolgten Zwecken; vgl. dazu hinten Abschnitt 7.2.2., S. 203.

⁹⁶⁷ SR 0.631.259.916.33 = AS 1974, 693.

7.6.3. Die Regelung der Grenzgängerbesteuerung

Soweit eine Grenzgängertätigkeit im Sinne des Abkommens vorliegt, ist grundsätzlich die Besteuerung des Grenzgängers an seinem Wohnsitz vorgesehen. Es ist dem Staat des Arbeitsortes jedoch gestattet, eine Quellensteuer von höchstens einem Prozent zu erheben, die dann vom Wohnsitzstaat angerechnet wird⁹⁶⁸.

Für einen faktischen Grenzgänger, der nicht mehr unter den Grenzgängerbegriff des Abkommens subsumiert werden kann, weil er nicht mehr "in der Nähe" wohnt oder arbeitet, ist die Regelung von Art. 15 Abs. 1 DBA-A anwendbar, welche ihn grundsätzlich der Steuerhoheit des Erwerbsstaates zuordnet.

⁹⁶⁸ Art. 15 Abs. 4 DBA-A; vgl. dazu auch die VO des Bundesrates, AS 1974 II 2131.

8. UEBERBLICK UEBER DAS SOZIALVERSICHERUNGSWESEN UND DIE FAMILIENZULAGEN DER GRENZGAENGER

8.1. Einleitende Bemerkungen

Aufgrund der engen Verflechtung mit den Rechtsordnungen zweier Staaten können sich v. a. für den Grenzgänger im Bereiche des Sozialversicherungswesens wesentliche Konkordanzprobleme stellen. Einerseits muss es ihm ermöglicht werden, sich zur Risikodeckung einer der bestehenden sozialversicherungsrechtlichen Institute anschliessen zu können und deren Rechte oder Anwartschaften zu erhalten⁹⁶⁹ und auch beim Austritt nicht verlustig zu werden. Andererseits soll die gleichzeitige mehrfache Versicherung derselben Risiken vermieden werden. Es kann im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht Ziel sein, die sozialversicherungsrechtliche Stellung des ausländischen in der Schweiz tätigen Grenzgängers in ihrer Gesamtheit darzulegen. Dafür sei auf die entsprechenden Rechtsordnungen der betroffenen Länder verwiesen. Die nachfolgenden Ausführungen sollen lediglich einen kurzen Ueberblick über die betreffenden gesetzlichen und staatsvertraglichen Bestimmungen, insbesondere bezüglich der Versicherungsunterstellung und der Leistungsansprüche, geben. Bei dieser Darstellung bleibt die öffentliche Fürsorge unberücksichtigt, da sie für den Grenzgänger aufgrund der weiterhin bestehenden Verankerung im Nachbarstaat und der obligatorischen Unfallversicherung praktisch kaum von Bedeutung ist⁹⁷⁰.

⁹⁶⁹ Allgemein zu den Gründen der Schlechterstellung von Ausländern im nationalen Sozialversicherungswesen, Berenstein S. 175; Iselin S. 15.

⁹⁷⁰ Erwähnt sei in diesem Zusammenhang einzig Art. 21 des "BG über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger" vom 24. Juni 1977 (SR 851.1 = AS 1978, 221), der grundsätzlich für Ausländer ohne Wohnsitz in der Schweiz im Falle der Notwendigkeit unaufschiebbarer Hilfe eine Unterstützungspflicht des Aufenthaltskantons vorschreibt. Zu den internationalen Fürsorgevereinbarungen im allgemeinen vgl. Bericht SK S. 57 f.; Ricq S. 333; Sulger-Büel S. 39 ff.

Vorweggenommen sei an dieser Stelle, dass, da die Schweiz mit allen ihren Nachbarstaaten sozialversicherungsrechtliche bilaterale Regelungen getroffen hat, diesen Staatsverträgen grosse Bedeutung zukommt⁹⁷¹. Für den Grenzgänger von geringerer Bedeutung sind hingegen die auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit abgeschlossenen multilateralen Uebereinkommen⁹⁷². So vermag er aus den allgemein die soziale Sicherheit regelnden und für die Schweiz geltenden multilateralen Abkommen z. B. weder aus dem "Uebereinkommen Nr. 102 über die Mindestnormen der Sozialen Sicherheit" vom 28. Juni 1952⁹⁷³ noch aus der "Europäischen Ordnung der Sozialen Sicherheit" vom 16. April 1964⁹⁷⁴ direkt ihm zustehende Rechte abzuleiten. Diese Uebereinkommen sind grundsätzlich vielmehr als non-self-executing Verträge⁹⁷⁵ zu betrachten⁹⁷⁶, da sie die beteiligten Staaten lediglich dazu verpflichten, eine der den übernommenen Abkommensbestimmungen entsprechende Gesetzgebung zu erlassen und ihnen daher die notwendige Justiziabilität⁹⁷⁷ fehlt. Dies ergibt sich auch daraus, dass die primäre Zwecksetzung dieser Abkommen neben der Festlegung des Inhaltes des Begriffes der "Sozialen Sicherheit" darin liegt, die innerstaatlichen Gesetzgebungen zu koordinieren und ihnen als Ansporn und Gradmesser zu dienen⁹⁷⁸, nicht aber, dem einzelnen

⁹⁷¹ Zur geschichtlichen Entwicklung des internationalen Sozialversicherungsrechtes vgl. Berenstein S. 163 ff.; Iselin S. 17 ff.; Motta, SZS 1976, 233 ff. Eine Verbesserung der sozialrechtlichen Stellung der Ausländer drängt sich nicht nur aus sozialpolitischen Gründen auf, sondern auch deshalb, weil, was sich in Zeiten des Arbeitskraftmangels auswirkt, die ausländischen Arbeitskräfte Länder mit einem ausgebauten Sozialversicherungswesen bevorzugen, vgl. Bericht SK S. 70.

⁹⁷² Einen Ueberblick über die wesentlichen multilateralen Sozialversicherungsabkommen gibt Ricq S. 285 ff.

⁹⁷³ SR 0.831.102 = AS 1978, 1626; vgl. dazu Ricq S. 289: "Elle propose la création de certaines branches..."

⁹⁷⁴ SR 0.831.104 = AS 1978, 1518.

⁹⁷⁵ Allgemein zur Problematik der self-executing-treaties BGE 112 Ib 184 f.; 106 Ib 187; 100 Ib 226; 98 Ib 387 Erw. 2a; Berenstein S. 183 f.; Koller S. 97; Moor/Hofstetter S. 41 f.; Rös S. 21 ff., 47 ff. und 189 ff.

⁹⁷⁶ Vgl. hiezu Pra. 1986, Nr. 128 Erw. 3; Maurer, Bd. 1, S. 145; bezüglich der Sozialcharta Pfanner S. 31, a. A. Berenstein S. 185 f.; Villars S. 16.

⁹⁷⁷ Vgl. BGE 111 Ib 72 Erw. 3.

⁹⁷⁸ BBl. 1953 III 1007; anders dagegen die Europäische Sozialcharta, welche eine Regelung der Stellung der Wanderarbeit-

Individuum eine besondere Rechtsstellung einzuräumen. Wohl enthalten beide Verträge eine Gleichbehandlungsklausel⁹⁷⁹, doch bezieht sich diese entweder nur auf Wohnsitznehmer⁹⁸⁰ oder auf den Abschluss entsprechender Vereinbarungen⁹⁸¹. Nur in wenigen von der Schweiz ratifizierten multilateralen Staatsverträgen finden sich Bestimmungen, die auch den Grenzgängern zugute kommen. Auf diese wird bei der Behandlung der einzelnen Versicherungszweige hinzuweisen sein.

8.2. Die bilateralen den Grenzgänger betreffenden sozialversicherungsrechtlichen Vereinbarungen mit unseren Nachbarstaaten

8.2.1. Die Zielsetzung sozialversicherungsrechtlicher Staatsverträge

Dem Abschluss bilateralen sozialversicherungsrechtlicher Staatsverträge⁹⁸² liegen hauptsächlich drei Motive zu Grunde. Erstens soll damit einer Diskriminierung der Ausländer entgegengetreten und diesen eine möglichst weitgehende Gleichstellung mit den Inländern gewährleistet werden, zweitens sind allfällige mit einem Landeswechsel verbundene Nachteile zu beseitigen, und drittens wird die Förderung des Leistungsexportes angestrebt⁹⁸³. Im folgenden werden kurz die mit unseren Nachbarstaaten abgeschlossenen heute⁹⁸⁴ in Geltung stehenden und für den Grenzgänger bedeutsamen

nehmer und ihrer Familienangehörigen anstrebt, vgl. Villars S. 233.

⁹⁷⁹ Diese könnte grundsätzlich selbständig unmittelbar angewendet werden, vgl. Berenstein S. 178/9; Häfelin/Haller N 1035; Koller S. 92.

⁹⁸⁰ Art. 68 des Uebereinkommens Nr. 102.

⁹⁸¹ Art. 73 des Europäischen Uebereinkommens.

⁹⁸² Im Gegensatz zu den multilateralen Staatsverträgen handelt es sich dabei zumeist um self-executing Abkommen, vgl. Bendel, SZS 1980, S. 6, 18.

⁹⁸³ Vgl. Bendel, SZS 1980, S. 5; Berenstein S. 175; Iselin S. 10 f.; Motta, SZS 1976, S. 237 f.; Villars S. 235.

⁹⁸⁴ Stand 1. Januar 1987; vgl. dazu auch die Uebersicht bei Villars S. 239 ff.

bilateralen Staatsverträge aufgezeigt.

8.2.2. Ueberblick über die mit unseren Nachbarstaaten abgeschlossenen bilateralen Staatsverträge

8.2.2.1. Die Vereinbarungen mit der Bundesrepublik Deutschland

Die heute geltenden Regelungen finden sich im Abkommen über Soziale Sicherheit vom 25. Februar 1964⁹⁸⁵, mit dem gemäss Art. 49 Abs. 2 dazugehörenden Zusatzabkommen vom 24. Dezember 1962⁹⁸⁶, welches durch das Zusatzabkommen vom 9. September 1975⁹⁸⁷ modifiziert wurde, sowie im speziell die Arbeitslosenversicherung betreffenden Abkommen vom 20. Oktober 1982⁹⁸⁸. Weitere diese Abkommen ausführende administrative Regelungen ergeben sich aus der Durchführungsvereinbarung vom 25. August 1978⁹⁸⁹.

8.2.2.2. Die Vereinbarungen mit Frankreich

Gegenüber Frankreich gelten das Abkommen über Soziale Sicherheit vom 3. Juli 1975⁹⁹⁰, das dazugehörnde Sonderprotokoll über die beitragslosen Leistungen der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 3. Juli 1975⁹⁹¹, das allein die Grenz-

⁹⁸⁵ SR 0.831.109.136.1 = AS 1966, 602 ff. = BBl. 1965 I 1558 ff.; zit. D-Abk. 1964.

⁹⁸⁶ SR 0.831.109.136.11 = AS 1963, 947 ff. = BBl. 1963 I 608 ff.; zit. D-Prot. 1962.

⁹⁸⁷ SR 0.831.109.136.1 = AS 1976, 2048 ff. = BBl. 1975 II 2173 ff.; zit. D-Abk. 1975.

⁹⁸⁸ SR 0.837.913.6 = AS 1983, 1851 ff. = BBl. 1983 I 1 ff.; zit. D-Abk. 1982.

⁹⁸⁹ SR 0.831.109.136.13 = AS 1980, 1662.

⁹⁹⁰ SR 0.831.109.349.1 = AS 1976, 2061 ff. = BBl. 1975 II 2192 ff.; zit. F-Abk. 1975; vgl. dazu allgemein Ricq S. 315 ff.

⁹⁹¹ SR 0.831.109.349.10 = AS 1976, 2083 ff.; zit. F-Prot. 1975.

gänger betreffende Abkommen über Familienzulagen vom 16. April 1959⁹⁹², bzw. der dazugehörnde Briefwechsel vom 27. Mai 1964⁹⁹³, und das Abkommen über die Arbeitslosenversicherung vom 14. Dezember 1978⁹⁹⁴. Darüber hinaus wurden zwei Verwaltungsabkommen geschlossen⁹⁹⁵.

8.2.2.3. Die Vereinbarungen mit dem Fürstentum Liechtenstein

Zu beachten sind das Abkommen über die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 3. September 1965⁹⁹⁶, das Abkommen über die Unfallversicherung vom 31. Dezember 1932⁹⁹⁷, das Abkommen über Familienzulagen vom 26. Februar 1969⁹⁹⁸ sowie das Abkommen über die Arbeitslosenversicherung vom 15. Januar 1979⁹⁹⁹.

⁹⁹² SR 0.836.934.91 = AS 1961, 24 ff. = BBl. 1960 I 1128 ff.; zit. F-Abk. 1959. Dieses Abkommen blieb gemäss Art. 43 Abs. 3 F-Abk. 1975 von den im Vertrag über Soziale Sicherheit getroffenen Regelungen unberührt.

⁹⁹³ SR 0.836.934.911 = AS 1964, 661 f.; zit. F-Brief 1964.

⁹⁹⁴ SR 0.837.934.91 = AS 1979, 2126 ff. = BBl. 1979 I 817 ff.; zit. F-Abk. 1978. Für die Grenzgänger nicht anwendbar ist dagegen das Abkommen zur Unterstützung der Arbeitslosen vom 9. Juni 1933, SR 0.837.934.92 = BS 14, 108 ff., vgl. Art. 2 desselben.

⁹⁹⁵ Dasjenige vom 3. Dezember 1976 (SR 0.831.109.349.12 = AS 1977, 1667 ff.) und dasjenige vom 14. April 1961 (SR 0.836.934.912 = AS 1961, 377 ff.).

⁹⁹⁶ SR 0.831.109.514.1 = AS 1966, 1227 ff. = BBl. 1965 II 1489 ff.; zit. FL-Abk. 1965; vgl. dazu auch das Verwaltungsabkommen vom 31. Januar 1967, SR 0.831.109.514.12 = AS 1968, 376 ff.

⁹⁹⁷ SR 0.832.295.14 = BS 11, 184 ff.; zit. FL-Abk. 1932.

⁹⁹⁸ SR 0.836.951.4 = AS 1970, 525 ff. = BBl. 1969 I 825 ff.; zit. FL-Abk. 1969.

⁹⁹⁹ SR 0.837.951.4 = AS 1979, 2131 ff. = BBl. 1979 I 817 ff.; zit. FL-Abk. 1979.

8.2.2.4. Die Vereinbarungen mit Italien

Im Bereich des Sozialversicherungswesens stehen zwischen der Schweiz und Italien die folgenden Abkommen in Kraft: Der heute bedeutungslose Art. 5 Abs. 3 und 4 sowie Art. 14 Abs. 2 des Abkommens über Sozialversicherung vom 17. Oktober 1951¹⁰⁰⁰, das Abkommen über Soziale Sicherheit vom 14. Dezember 1962¹⁰⁰¹, welches durch das Zusatzabkommen vom 18. Dezember 1963¹⁰⁰², die Zusatzvereinbarung vom 4. Juli 1969¹⁰⁰³ und das Zusatzprotokoll vom 25. Februar 1974¹⁰⁰⁴ ergänzt und durch die Zweite Zusatzvereinbarung vom 2. April 1980¹⁰⁰⁵ modifiziert wird, sowie das Abkommen über die Arbeitslosenversicherung vom 12. Dezember 1978¹⁰⁰⁶. Neben diesen Vereinbarungen wurden weiter zur näheren Ausgestaltung drei Verwaltungsabkommen abgeschlossen¹⁰⁰⁷.

8.2.2.5. Die Vereinbarungen mit Oesterreich

Massgebend sind das Abkommen über Soziale Sicherheit vom 15. November 1967¹⁰⁰⁸, welches durch die Zusatzabkommen vom

¹⁰⁰⁰ SR 0.831.109.454.1 = AS 1954, 243 ff. = BBl. 1953 I 592 ff.; zit. I-Abk. 1951; vgl. I-Abk. 1962 Art. 26 Abs. 3.

¹⁰⁰¹ SR 0.831.109.454.2 = AS 1964, 727 ff. = BBl. 1963 I 616 ff.; zit. I-Abk. 1962. Vgl. auch die dabei abgegebene gemeinsame Erklärung zu den Familienzulagen und der Kranken- und Tuberkuloseversicherung der in Italien wohnhaften Familienangehörigen, BBl. 1963 I 658 f.

¹⁰⁰² SR 0.831.109.454.22 = AS 1964, 743 ff.; zit. I-Abk. 1963. Dieses auf Art. 13 Abs. 3 I-Abk. 1962 gestützte von den Verwaltungsbehörden beider Vertragsstaaten abgeschlossene Zusatzabkommen bezieht sich nur auf Berufskrankheiten.

¹⁰⁰³ SR 0.831.109.454.21 = AS 1973, 1185 ff.; zit. I-Abk. 1969.

¹⁰⁰⁴ SR 0.831.109.454.212 = AS 1974, 945 ff.; zit. I-Prot. 1974.

¹⁰⁰⁵ SR 0.831.109.454.24 = AS 1982, 97 ff. = BBl. 1980 III 1205 ff.; zit. I-Abk. 1980.

¹⁰⁰⁶ SR 0.837.945.4 = AS 1980, 502 ff. = BBl. 1979 I 818 ff.; zit. I-Abk. 1978.

¹⁰⁰⁷ Das erste vom 18. Dezember 1963 (SR 0.831.109.454.23 = AS 1964, 747 ff.); das Zweite vom 25. Februar 1974 (SR 0.831.109.454.212 = AS 1975, 1463 ff.) und das Dritte vom 30. Januar 1982 (SR 0.831.109.454.241 = AS 1982, 547 ff.).

¹⁰⁰⁸ SR 0.831.109.163.1 = AS 1969, 11 ff. = BBl. 1968 I 537 ff.; zit. A-Abk. 1967; vgl. dazu auch das Durchführungsabkommen vom 1. Oktober 1968 (SR 0.831.109.163.15 = AS 1969,

17. Mai 1973¹⁰⁰⁹ und vom 30. November 1977¹⁰¹⁰ modifiziert wurde, sowie das Abkommen über die Arbeitslosenversicherung vom 14. Dezember 1978¹⁰¹¹.

8.2.3. Der Geltungsbereich der massgebenden Staatsverträge

8.2.3.1. Der persönliche Geltungsbereich

Allgemein finden die bilateralen Vereinbarungen nur auf die Staatsangehörigen der beteiligten Staaten eine direkte¹⁰¹² Anwendung¹⁰¹³. Daraus ergibt sich, dass Grenzgänger, die nicht Bürger¹⁰¹⁴ unserer Nachbarländer sind, der besonderen staatsvertraglichen Rechte nicht teilhaftig werden. Sie müssen sich auf die mit ihren Heimatstaaten abgeschlossenen Staatsverträge stützen und unterstehen, sofern diese keine auf sie anwendbare Regelungen enthalten, allein dem innerstaatlichen Recht, woraus für sie erhebliche Nachteile resultieren können¹⁰¹⁵. Einzig in einigen Abkommen über die Arbeitslosenversicherung wurde auf das Kriterium der Staatsangehörig-

35 ff.).

¹⁰⁰⁹ "Erstes Zusatzabkommen", SR 0.831.109.163.11 = AS 1974, 1169 ff. = BBl. 1973 II 69 ff.; zit. A-Abk. 1973.

¹⁰¹⁰ "Zweites Zusatzabkommen", SR 0.831.109.163.12 = AS 1979, 1595 ff. = BBl. 1978 II 1557 ff.; zit. A-Abk. 1977.

¹⁰¹¹ SR 0.837.916.3. = AS 1979, 2118 ff. = BBl. 1979 I 818 ff.; zit. A-Abk. 1978.

¹⁰¹² Unabhängig von der Staatsangehörigkeit entfalten die Verträge aber zumeist eine mittelbare Wirkung auf die Angehörigen und Hinterbliebenen, soweit diese ihre Rechte von den Staatsangehörigen ableiten.

¹⁰¹³ Vgl. die Formulierungen in Art. 3 D-Abk. 1964; Art. 3 Abs. 1 F-Abk. 1975; Art. 2 I-Abk. 1962; Art. 2 FL-Abk. 1965; Art. 3 A-Abk. 1967. In den neueren Abkommen wurde der Geltungsbereich auch auf die Flüchtlinge und Staatenlosen ausgedehnt, vgl. zu dieser hier nicht weiter behandelten Ausländergruppe Schmid-Winter S. 57 ff.; Bendel, SZS 1980, S. 21.

¹⁰¹⁴ Bei Doppelbürgern ist die Staatsangehörigkeit desjenigen Staates massgebend, zu dem sie die engsten Beziehungen pflegten, vgl. Bendel, SZS 1980, S. 20.

¹⁰¹⁵ Vgl. dazu Bendel, SZS 1980, S. 20, 97 f.

keit verzichtet¹⁰¹⁶.

Soweit in den bilateralen Staatsverträgen besondere allein den Grenzgänger betreffende Bestimmungen aufgenommen wurden, wird deren persönlicher Geltungsbereich nicht nur durch die Staatsangehörigkeit beeinflusst, sondern auch durch die den jeweiligen Abkommen zugrunde liegenden Grenzgängerdefinitionen. Diese gehen üblicherweise vom Wohnsitz im einen und einer regelmässigen Erwerbstätigkeit im Gebiet des anderen Vertragsstaates aus. Daher können sich in bezug auf diese Sonderbestimmungen auch Staatsangehörige unserer Nachbarstaaten, die in einem Drittland als Grenzgänger erwerbstätig sind, in einer ähnlichen Lage befinden, wie die Bürger, die nicht unseren Nachbarstaaten angehören¹⁰¹⁷. Nun wurde aber im Verhältnis mit Oesterreich¹⁰¹⁸ und der Bundesrepublik¹⁰¹⁹ der Anwendungsbereich der Abkommen auch auf "Staatsangehörige, die im Gebiete der einen Vertragspartei oder eines dritten Staates wohnen" ausgeweitet¹⁰²⁰. Da es sich dabei um staatsvertragliche Vereinbarungen handelt, kann aber eine solche Ausdehnung nicht ohne weiteres auf die anderen Vertragsbeziehungen übertragen werden. Vielmehr ist, da dafür eine ausdrückliche Willensübereinstimmung notwendig wäre, davon auszugehen, dass die übrigen zwischenstaatlichen Absprachen weiterhin im Sinne der ursprünglichen Auffassung auf die im Vertragsstaat Wohnsitz nehmenden Staatsangehörigen beschränkt bleiben¹⁰²¹.

Weitere Einschränkungen des persönlichen Geltungsbereiches können sich aus den zeitlichen und räumlichen Merkmalen der Grenz-

¹⁰¹⁶ BBl. 1979 I 824; vgl. dagegen Art. 3 D-Abk. 1982.

¹⁰¹⁷ So z. B. ein Italiener, der seinen Wohnsitz in Oesterreich hat und in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachgeht; vgl. dazu auch Bendel, SZS 1980, S. 14.

¹⁰¹⁸ Art. 1 Abs. 1 lit. b A-Abk. 1967.

¹⁰¹⁹ Art. 1 Abs. 1 D-Abk. 1975.

¹⁰²⁰ BBl. 1975 II 2176; Bendel, SZS 1980, S. 14; demzufolge könnte sich ein in der Schweiz erwerbstätiger österreichischer Staatsangehöriger, der in Italien wohnt, auf die Vereinbarungen mit Oesterreich berufen.

¹⁰²¹ Vgl. ZAK 1985, 413; gl. M. Bendel, SZS 1980, S. 18 f.

gängerdefinitionen ergeben¹⁰²². Dabei muss jedoch davon ausgegangen werden, dass diese Voraussetzungen nicht allein nach der innerstaatlichen Rechtsordnung, sondern gemäss einer völkerrechtskonformen Staatsvertragsauslegung zu beurteilen sind¹⁰²³. Eine solche ist v. a. dann notwendig, wenn der Staatsvertrag eine eindeutige Regelung vermissen lässt. So wird z. B. in den Staatsverträgen kaum die relevante Grenzzone festgelegt¹⁰²⁴. Deren Bestimmung obliegt nun aber nicht allein innerstaatlichen Organen, sondern muss gemeinsam durch die Vertragsstaaten erfolgen. Da dabei dem sozialrechtlichen Grundgedanken eines möglichst umfassenden Versicherungsschutzes Rechnung getragen werden sollte, scheint es verfehlt, den in neuerer Zeit abgeschlossenen Staatsverträgen ohne weiteres die früher in den Abkommen zum kleinen Grenzverkehr vereinbarten, den damaligen Verhältnissen entsprechenden Grenzzone zu Grunde zu legen. Daher ist es zumindest in denjenigen Sozialvereinbarungen, in denen keine bestimmte Grenzzone festgesetzt wurde, als gerechtfertigt zu betrachten, wenn eine extensive Auslegung, ev. sogar über die Bestimmungen anderer, nicht den Sozialbereich betreffender Abkommen hinaus, vorgenommen wird¹⁰²⁵. Verzichtet der

¹⁰²² Vgl. dazu Bendel, SZS 1980, S. 15 ff.

¹⁰²³ Dem in den Staatsverträgen verwendeten Begriff des Grenzgängers ist dabei eine autonome, vom Landesrecht unabhängige Bedeutung einzuräumen. Daher ist er auch vom Vorliegen einer fremdenpolizeilichen Grenzgängerbewilligung grundsätzlich unabhängig; gl. M. Paetzold, Grenzgänger, S. 21; a. M. Bendel, SZS 1980, S. 10, 18. Deshalb könnte sich z. B. auch ein als Grenzgänger tätiger Ausländer, dem zur Ueberbrückung der Sechsmonatsfrist eine Kurzaufenthaltsbewilligung ausgestellt wurde, auf die sozialvertraglichen Bestimmungen über Grenzgänger berufen.

¹⁰²⁴ Eine Ausnahme stellen Art. 3 Abs. 1 F-Abk. 1959, in welchem der Anwendungsbereich auf diejenigen französischen Grenzgänger beschränkt wird, die innerhalb einer Grenzzone von 10 km Wohnsitz haben, und Art. 1 Ziff. 6 i. V. m. Ziff. 1 lit. b des Protokolls D-Abk. 1982, der auf das Abkommen über den kleinen Grenzverkehr verweist, dar; vgl. dagegen Art. 5 I-Abk. 1978 oder Art. 1 Ziff. 5 F-Abk. 1978, die zwar den Begriff der Grenzzone enthalten, diesen aber nicht weiter definieren.

¹⁰²⁵ So erscheint es als stossend, wenn ein Grenzgänger mit Wohnsitz ausserhalb der im Bundesrecht vorgesehenen Grenzzone zugelassen wurde, ihm aber aufgrund des Grenzzenonenbegriffs der Versicherungsschutz verwehrt wird.

Staatsvertrag bei der Definition des Grenzgängerbegriffes auf eine Grenzzone, so darf einem sozialversicherungsrechtlichen Begehren die Lage des Wohnsitzes nicht mehr entgegengehalten werden, ist doch in einer solchen Formulierung eher von einem qualifizierten Schweigen auszugehen¹⁰²⁶. Eine eigenständige Auslegung sollte auch allfälligen anderen Begriffsmerkmalen zuteil werden¹⁰²⁷.

Für die Staatsangehörigen der Bundesrepublik, des Fürstentums Liechtenstein und Oesterreich kann sich in bezug auf den persönlichen Geltungsbereich der bilateralen Abkommen jedoch dadurch eine Besserstellung auf dem Gebiet der AHV und IV, insbesondere hinsichtlich der Versicherungsklausel und der Totalisation¹⁰²⁸, ergeben, dass durch den Dachvertrag¹⁰²⁹ die Definition des Grenzgängerbegriffes ausgedehnt wurde¹⁰³⁰.

¹⁰²⁶ A. M. Bendel, SZS 1980, S. 18, der auch dann am Erfordernis der Grenzzone festhält. Dieser Ansicht kann allenfalls dann beigespflichtet werden, wenn im betreffenden Abkommen überhaupt keine Grenzgängerdefinition vorgenommen wurde. Auch in diesem Falle sollte die Grenzzone aber von den zuständigen Behörden der Vertragsstaaten im Sinne des Zweckgedankens des Sozialabkommens festgesetzt werden. Vgl. allgemein zur Lückenfüllung sozialrechtlicher Staatsverträge BGE 103 V 170; Stein S. 18 ff.

¹⁰²⁷ So z. B. der "regelmässigen Erwerbstätigkeit". Auch in bezug auf die "tägliche Ein- und Ausreise" ist im Hinblick auf den Zweck der Sozialabkommen eine extensive Interpretation zu wünschen; für eine sinngemässe Auslegung vgl. Stein S. 16; dagegen die bisherige Praxis bei Bendel, SZS 1980, S. 15 f.

¹⁰²⁸ Vgl. Bendel, SZS 1980, S. 8.

¹⁰²⁹ SR 0.831.109.136.2 = AS 1980, 1607 ff. = BBl. 1978 II 1572 ff. Eine Ergänzung erfolgte durch das Zusatzübereinkommen vom 8. Oktober 1982 (SR 0.831.109.136.21 = AS 1984, 21 ff. = BBl. 1982 III 824 ff.; vgl. auch das Durchführungsabkommen vom 28. März 1979, SR 0.831.109.136.22 = AS 1980, 1625 ff.). Dieser zwischen der Bundesrepublik, Liechtenstein, Oesterreich und der Schweiz für die Sozialversicherungszweige der AHV und IV abgeschlossene Staatsvertrag soll die Nachteile des eingeschränkten Geltungsbereiches der bilateralen Vereinbarungen ausgleichen; vgl. dazu Bendel, SZS 1980, S. 6, 8; Motta, SZS 1976, S. 234, 243.

¹⁰³⁰ Dieser Vertrag ist daher für Grenzgänger wichtig, die in mehreren Ländern einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sind.

8.2.3.2. Der sachliche Geltungsbereich

Der sachliche Geltungsbereich, d. h. das von der Vereinbarung erfasste Gebiet der sozialen Sicherheit, wird jeweils in den einzelnen Abkommen festgelegt¹⁰³¹. Während die Arbeitslosenversicherung jeweils in einem selbständigen Abkommen geregelt wurde, sind die übrigen Sozialversicherungszweige grundsätzlich gesamthaft in den "Abkommen über Soziale Sicherheit" geregelt¹⁰³². Das gegenseitige Verhältnis der einzelnen Versicherungszweige, insbesondere ihrer Leistungen¹⁰³³ richtet sich hingegen allein nach innerstaatlichem Recht.

8.3. Die einzelnen Versicherungszweige

8.3.1. Die Versicherungspflicht

Der Behandlung der einzelnen Versicherungszweige sei vorweggenommen, dass sich die Versicherungs- und damit auch die Beitragspflicht des Grenzgängers aufgrund der abgeschlossenen Staatsverträge trotz verschiedenartiger Formulierungen stets nach der Rechtsordnung desjenigen Staates richtet, in welchem die Erwerbstätigkeit ausgeübt wird¹⁰³⁴. Da die schweizerische Rechtsordnung die Erwerbstätigen grundsätzlich einer Versicherungspflicht in den obligatorischen Versicherungszweigen unterstellt¹⁰³⁵, hat der Grenzgänger Beiträge an diese Sozialinstitute zu leisten. Dies unabhängig

¹⁰³¹ Vgl. z. B. Art. 2 D-Abk. 1964; Art. 2 F-Abk. 1974; Art. 1 FL-Abk. 1965; Art. 1 I-Abk. 1962; Art. 2 A-Abk. 1967.

¹⁰³² Eine Ausnahme besteht im Verhältnis zum Fürstentum Liechtenstein, mit dem bisher kein globales Abkommen über Soziale Sicherheit abgeschlossen wurde.

¹⁰³³ Vgl. dazu Maurer, UVG, S. 285 f.

¹⁰³⁴ Vgl. BBl. 1979 I 821; Art. 5 Abs. 1 D-Abk. 1964; Art. 4 Abs. 3 F-Abk. 1975; Art. 4 Abs. 1 I-Abk. 1962; Art. 6 Abs. 1 A-Abk. 1967; Stein S. 13.

¹⁰³⁵ Vgl. z. B. Art. 1 Abs. 1 lit. b i. V. m. Art. 3 AHVG; Art. 2; UVG Art. 1 Abs. 1 IVG; Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG.

davon, ob ihm nach der innerstaatlichen Gesetzgebung im Versicherungsfall tatsächlich ein Leistungsanspruch zusteht¹⁰³⁶.

8.3.2. Die Alters- und Hinterbliebenenversicherung

8.3.2.1. Die Stellung der Grenzgänger nach innerstaatlichem Recht

Gestützt auf die das Dreisäulenprinzip¹⁰³⁷ verankernde Bestimmung von Art. 34 quater BV wurde das "BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung" (=AHVG) vom 20. Dezember 1946¹⁰³⁸ erlassen. Ziel dieser Gesetzgebung ist es, den Versicherten vor den Folgen altersbedingter Erwerbsausfälle und seine Familie¹⁰³⁹ vor den finanziellen Folgen im Todesfall des Unterhalters zu schützen. Zu diesem Zweck sieht das AHVG im Versicherungsfalle grundsätzlich die Auszahlung von Renten¹⁰⁴⁰ und Hilflosenentschädigungen¹⁰⁴¹ sowie die Abgabe oder Finanzierung spezieller Hilfsmittel¹⁰⁴² vor.

Sind die Ausländer den Schweizern in der Beitragspflicht gleichgestellt, so werden sie in bezug auf die Leistungsansprüche stark benachteiligt¹⁰⁴³. Diese Schlechterstellung wirkt sich für den

¹⁰³⁶ Kritisch zur Beitragspflicht ohne Leistungsanspruch Iselin S. 14, der darin ein Verstoß gegen das völkerrechtliche Diskriminierungsverbot erblickt.

¹⁰³⁷ Darunter ist die Aufteilung der Risikodeckung von Alter, Tod oder Invalidität in die staatliche, die betriebliche und die private Vorsorge zu verstehen, vgl. Maurer, Bd. 2, S. 45.

¹⁰³⁸ SR 831.10; zur Entwicklung der Gesetzgebung vgl. Maurer, Bd. 1, S. 81 ff.

¹⁰³⁹ Darunter sind die Ehefrau und die der Unterhaltspflicht unterstehenden Kinder zu verstehen.

¹⁰⁴⁰ In Frage kommen Alters- (Art. 21 AHVG; ev. noch verbunden mit einer Zusatz- und Kinderrente), Witwen- (Art. 23 AHVG) oder Waisenrenten (Art. 25 AHVG). Vgl. dazu Saxer S. 34 ff.; Maurer, Bd. 2, S. 99 ff.; Paetzold, Sozialversicherung, S. 14 ff.

¹⁰⁴¹ Art. 43 bis AHVG. Dabei handelt es sich um eine besondere Bedürftigkeitsrente, vgl. Maurer, Bd. 2, S. 101 f.

¹⁰⁴² Art. 43 ter AHVG.

¹⁰⁴³ Dies geschieht durch Ansetzen einer besonderen Beitragsfrist, durch die Bindung an das schweizerische Bürgerrecht oder durch das Erfordernis der Wohnsitznahme i. S. v. Art. 23

Grenzgänger besonders hart aus, wird er doch durch das Erfordernis der Wohnsitznahme in der Schweiz von jeglicher Sozialleistung auf dem Gebiet der AHV ausgeschlossen. Als Ausgleich sieht die AHV-Gesetzgebung zwar unter gewissen Voraussetzungen eine Rückvergütung der tatsächlich bezahlten Arbeitnehmerbeiträge¹⁰⁴⁴ vor¹⁰⁴⁵. Ausnahmsweise besteht demzufolge ein Rückforderungsanspruch, wenn weder eine zwischenstaatliche Vereinbarung noch ein Rentenanspruch besteht, der Heimatstaat Gegenrecht hält und der Grenzgänger gesamthaft während mindestens eines vollen Jahres¹⁰⁴⁶ Beiträge geleistet hat¹⁰⁴⁷. Für Staatsangehörige unserer Nachbarstaaten ergibt sich daraus, dass ihnen kein Rückforderungsanspruch im Sinne des Gesetzes zugestanden werden kann, da mit allen Nachbarstaaten der Schweiz zwischenstaatliche Vereinbarungen getroffen wurden¹⁰⁴⁸. Allerdings kann der Rückforderungsanspruch Gegenstand einer staatsvertraglichen Abrede sein¹⁰⁴⁹.

Mit diesen innerstaatlichen Regelungen wird zum allgemeinen Fremdenrecht insofern ein Widerspruch geschaffen, als die Lohn-

ZGB; vgl. Art. 18 Abs. 2; Art. 42 Abs. 1; Art. 43 bis Abs. 1; Art. 43 ter Abs. 1 AHVG; allgemein zu dieser Problematik Avenati S. 244 ff.

¹⁰⁴⁴ Hingegen nicht der Arbeitgeberbeiträge und der Zinsen.

¹⁰⁴⁵ Art. 18 Abs. 3 AHVG i. V. m. der "Verordnung über die Rückvergütung der von Ausländern an die AHV bezahlten Beiträge" vom 14. März 1952 (= RV; SR 831.131.12 = AS 1952, 281); vgl. dazu Avenati S. 251 f.; Bendel, SZS 1976, S. 111 ff.; Vaucher S. 636 ff.

¹⁰⁴⁶ Gemäss Art. 50 AHVV bedeutet dies die Unterstellung unter die Beitragspflicht und die Entrichtung der Beiträge länger als 11 Monate; vgl. dazu Bendel, SZS 1976, S. 115.

¹⁰⁴⁷ Während an die Rückvergütung im Versicherungsfalle gemäss Art. 3 RV keine weiteren Anforderungen gestellt werden, muss es sich nach Art. 2 RV bei der Rückvergütung aufgrund des Ausscheidens aus der Versicherung "aller Voraussicht nach" um einen endgültigen Austritt handeln. Die darauf ausgerichtete Bestimmung, dass der Ausländer, sein Ehegatte und seine noch nicht 25-jährigen Kinder seit mindestens einem Jahr nicht mehr in der Schweiz gewohnt haben dürfen, ist für den Grenzgänger wohl in der Weise auszulegen, dass er während eines Jahres in der Schweiz in keinem Arbeitsverhältnis mehr gestanden haben darf.

¹⁰⁴⁸ Vgl. Bendel, SZS 1976, S. 110, insbesondere bezüglich Doppelbürger S. 112; ZAK 1974, 136.

¹⁰⁴⁹ Vgl. z. B. Art. 5 Abs. 4 und 5 I-Abk. 1951 die heute aber keine Anwendbarkeit mehr finden.

und Arbeitsbedingungen, zu denen auch die Sozialleistungen zählen¹⁰⁵⁰, für Schweizer und Ausländer nicht mehr die gleichen sind. Zumindest bei den beitragsgebundenen Sozialleistungen ist daher im Sinne des Gegenseitigkeitsprinzips¹⁰⁵¹ eine innerstaatliche Gleichstellung anzustreben.

8.3.2.2. Die staatsvertraglichen Regelungen

8.3.2.2.1. Leistungsanspruch während der Erwerbstätigkeit in der Schweiz

Das in allen mit unseren Nachbarstaaten abgeschlossenen Staatsverträgen enthaltene Gleichstellungsgebot¹⁰⁵² bewirkt, dass die Grenzgänger grundsätzlich Anspruch auf eine ordentliche Rente¹⁰⁵³ haben, sofern sie gleich den Schweizern mindestens ein volles Jahr¹⁰⁵⁴ Beiträge geleistet haben. Dabei bleiben allfällige bereits in der entsprechenden heimatlichen Sozialversicherung geleisteten Beitragszeiten ausser im Falle der Beziehung zu Liechtenstein¹⁰⁵⁵ unberücksichtigt¹⁰⁵⁶. Demgegenüber kann der Grenzgänger, obwohl die

¹⁰⁵⁰ Gl. M. BIGA, 1986, S. 11.

¹⁰⁵¹ Vgl. hiezu Duc S. 19 ff.

¹⁰⁵² Art. 4 D-Abk. 1964; Art. 3 Abs. 1 F-Abk. 1975; Art. 2 FL-Abk. 1965; Art. 2 I-Abk. 1962; Art. 4 A-Abk. 1967. Dem non-self-executing Charakter zukommenden "Uebereinkommen Nr. 128 über Leistungen bei Invalidität und Alter und an Hinterbliebene" vom 29. Juni 1967 (SR 0.831.105 = AS 1978 II 1493) ist demgegenüber keine grosse Bedeutung beizumessen, vgl. Ricq S. 292.

¹⁰⁵³ Im Verhältnis mit Italien ist gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. a I-Abk. 1962 i. d. F. 1980 allerdings statt einer Rente eine obligatorische oder fakultative Kapitalauszahlung vorgesehen, sofern die Höhe des Rentenanspruches eines sich nicht in der Schweiz aufhaltenden italienischen Staatsangehörigen einen Minimalbetrag der entsprechenden Vollrente nicht übersteigt, vgl. Avenati S. 254. Zur allgemeinen Möglichkeit der Ueberweisung an die italienische Sozialversicherung Art. 1 I-Abk. 1969.

¹⁰⁵⁴ Gemäss Art. 50 AHVV mindestens mehr als 11 Monate.

¹⁰⁵⁵ Vgl. zur "Integrationsmethode" Art. 6 Abs. 1 FL-Abk. 1965; Avenati S. 253; Saxer S. 259.

¹⁰⁵⁶ Aufgrund der kurzen Frist wird eine solche Anrechnung

bilateralen Abmachungen den Angehörigen unserer Vertragspartner hinsichtlich der übrigen AHV-Leistungen Besserstellungen einräumen, diesbezüglich keine weiteren Rechte ableiten, weil bei den beitragsunabhängigen Leistungen stets am Erfordernis der Wohnsitznahme in der Schweiz festgehalten wird¹⁰⁵⁷. Deshalb ist der Grenzgänger von diesen Leistungen der schweizerischen AHV ausgeschlossen.

Für den Grenzgänger bzw. seine Hinterlassenen ist es von grösster Bedeutung, dass die Leistungen auch an den Wohnsitz im Ausland erbracht werden (Leistungsexport). Diesem Begehren kommt die Schweiz heute nach, indem die Auszahlung der ordentlichen Rente nicht nur im Vertragsstaat, sondern auch in einem Drittstaat erfolgen kann¹⁰⁵⁸.

8.3.2.2.2. *Erhalt der Rechte und Anwartschaften*

Die Gleichstellungsklausel in den zwischenstaatlichen Abkommen gewährleistet dem Grenzgänger, dass er im Falle der Aufnahme der Erwerbstätigkeit in seiner Heimat vor Eintritt des Versicherungsfalles der Rechte und Anwartschaften nicht verlustig geht¹⁰⁵⁹. So wird die ihm oder seinen Hinterlassenen zustehende ordentliche Rente auch nach dem Abbruch der Beziehung zur Schweiz ausbezahlt.

(=Totalisation) in der Schweiz grundsätzlich abgelehnt, vgl. BBl. 1975 III 2207.

¹⁰⁵⁷ Vgl. zur ausserordentlichen Rente Art. 20 D-Abk. 1964; Art. 1 Abs. 1 lit. a F-Prot. 1975; Art. 7 lit. b I-Abk. 1962; im Verhältnis mit Liechtenstein wird eine ausserordentliche Rente nur vom Wohnsitzstaat ausgerichtet, Art. 9 Abs. 1 FL-Abk. 1965. Die Hilflosenentschädigung und der Anspruch auf Hilfsmittel ist schon gemäss dem schweizerischen Recht vom Wohnsitz abhängig, so dass ein Verzicht darauf eine Besserstellung des Ausländers gegenüber dem Schweizerbürger bewirken würde, was keinesfalls im Sinne der Staatsvertragsparteien sein kann, vgl. AHVG Art. 43 bis Abs. 1, Art. 43 ter Abs. 1; Hofstetter S. 171.

¹⁰⁵⁸ Vgl. BBl. 1963 I 628; BBl. 1975 II 2203 f.; Wegleitung II S. A1, D1; Wegleitung II S. F1, FL1, I1; Motta, SZS 1976, S. 249.

¹⁰⁵⁹ Dies bereitet dank dem schweizerischen "Pro-rata-System" keine weiteren Schwierigkeiten, vgl. Motta, SZS 1976, S. 247.

Darüber hinaus legen die Abkommen fest, dass die Dauer der Zugehörigkeit zur schweizerischen AHV hinsichtlich allfälliger Wartefristen in der Sozialversicherung des anderen Vertragsstaates berücksichtigt wird (=Totalisation)¹⁰⁶⁰.

8.3.3. Die Invalidenversicherung

8.3.3.1. Die Stellung der Grenzgänger nach innerstaatlichem Recht

Das gestützt auf Art. 34 quater BV am 19. Juni 1959 erlassene "BG über die Invalidenversicherung" (=IVG)¹⁰⁶¹ stellt in grossem Masse auf die AHV-Gesetzgebung ab¹⁰⁶², wodurch zwischen diesen beiden Versicherungen ein enger Zusammenhang besteht. Im Schutzbereich dieser Gesetzgebung liegt primär der Ausgleich der Arbeits- und Erwerbsnachteile, die als Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall durch körperliche oder geistige Schädigungen verursacht werden¹⁰⁶³. Wichtig ist dabei für den Grenzgänger, dass es sich hierbei um eine persönliche Versicherung handelt, die seine im Ausland lebenden Familienmitglieder nicht miteinbezieht¹⁰⁶⁴. Im Versicherungsfalle besteht in erster Linie die Möglichkeit von

¹⁰⁶⁰ Vgl. Art. 11 D-Abk. 1964 i. d. F. 1975, nach dem allerdings bereits eine anrechnungsfähige Versicherungszeit nach den deutschen Rechtsvorschriften von mindestens 12 Kalendermonaten vorhanden sein muss, dazu auch Krähe S. 152; Art. 17 Abs. 1 F-Abk. 1975; Art. 6 FL-Abk. 1965; Art. 9 Abs. 1 I-Abk. 1962; Art. 17 Abs. 1 A-Abk. 1967. Zum Begriff der Totalisation vgl. Saxer S. 259.

¹⁰⁶¹ SR 831.20.

¹⁰⁶² Z. B. Art. 1 und 2 bezüglich der Versicherungs- und Beitragspflicht, Art. 37 hinsichtlich der Höhe der ordentlichen Renten.

¹⁰⁶³ Gemäss Art. 8 Abs. 1 IVG können auch schon von einer Invalidität bedrohte Versicherte einen Anspruch geltend machen, vgl. Maurer, Bd 2, S. 199.

¹⁰⁶⁴ Vgl. Maurer, Bd. 2, S. 75; Ricq S. 319.

¹⁰⁶⁵ Diese umfassen medizinische, berufliche und ausbildungstechnische Hilfen wie auch die Abgabe von Hilfsmitteln und Ausrichtung von Taggeldern, vgl. Art. 8 ff. IVG; Maurer,

Eingliederungsmassnahmen¹⁰⁶⁵ sowie subsidiär¹⁰⁶⁶ die Auszahlung von Renten¹⁰⁶⁷ oder Hilflosenentschädigungen¹⁰⁶⁸.

Die Stellung des Grenzgängers ist, allein aufgrund der innerstaatlichen Gesetzgebung betrachtet, mit derjenigen auf dem Gebiet der AHV zu vergleichen, ist ihm doch etwa aus denselben Gründen ein Leistungsanspruch verwehrt¹⁰⁶⁹. Darüber hinaus ist in der IV-Gesetzgebung ein Rückvergütungsanspruch einbezahlter Beiträge nicht vorgesehen.

8.3.3.2. Die staatsvertraglichen Regelungen

8.3.3.2.1. Leistungsanspruch während der Erwerbstätigkeit in der Schweiz

Mit Ausnahme der Vereinbarungen mit Liechtenstein¹⁰⁷⁰ ist in allen Übereinkommen mit unseren Nachbarstaaten, wenn auch unter unterschiedlichen Bedingungen, die Einräumung von Eingliederungsmassnahmen an sich in der Schweiz aufhaltende versicherte Grenzgänger vorgesehen. Französische Grenzgänger sind dabei den Schweizerbürgern gleichgestellt¹⁰⁷¹. Deutsche¹⁰⁷² und österreichi-

¹⁰⁶⁵ Bd. 2, S. 201 ff.; Saxer S. 68 ff.
¹⁰⁶⁶ BGE 100 V 189; vgl. Maurer, Bd 2, S. 122, 198; Saxer S. 66.

¹⁰⁶⁷ Art. 28 ff. IVG; vgl. Saxer S. 73 ff.

¹⁰⁶⁸ Art. 42 IVG; Saxer S. 79.

¹⁰⁶⁹ Vgl. Art. 6 Abs. 2, Art. 42 Abs. 1 und Art. 39 Abs. 1 IVG.

¹⁰⁷⁰ Gemäss Art. 11 Abs. 1 FL-Abk. 1965 ist für Eingliederungsmassnahmen ausschliesslich der Wohnsitzstaat zuständig.

¹⁰⁷¹ BBl. 1975 II 2205; Bendel, SZS 1980, S. 29.

¹⁰⁷² Art. 18 Abs. 3 D-Abk. 1964 i. d. F. 1976. Gemäss dem durch Art. 1 Ziff. 27 D-Abk. 1976 in das Schlussprotokoll von D-Abk. 1964 eingefügten Art. 10 d liegt dann ein "auf Dauer angelegtes volles Beschäftigungsverhältnis" vor, wenn "es unbefristet ist oder für die Dauer von mindestens einem Jahr eingegangen wurde, und wenn eine existenzsichernde Beschäftigung ausgeübt wird"; ausgeschlossen von dieser Regelung sind jedoch Teilzeitbeschäftigte, vgl. Krähe S. 159.

sche Grenzgänger¹⁰⁷³ erhalten Eingliederungsmassnahmen, wenn sie unmittelbar vor der in Betracht kommenden Massnahme in der Schweiz beitragspflichtig und in einem dauernden vollen Beschäftigungsverhältnis standen. Demgegenüber steht italienischen Grenzgängern ein solcher Anspruch erst zu, wenn sie innerhalb dreier Jahre unmittelbar vor den in Betracht kommenden Massnahmen während mindestens einem Jahr¹⁰⁷⁴ Beiträge nach der schweizerischen Gesetzgebung entrichtet haben¹⁰⁷⁵. Es ist als selbstverständlich zu betrachten, dass mit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ausserhalb der Schweiz der Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen hinfällig wird.

Da die fremdenpolizeiliche Aufenthaltsregelung von der sozialrechtlichen Rechtsstellung grundsätzlich unabhängig ist¹⁰⁷⁶, stellt sich die Frage, ob einem Grenzgänger, dem ein Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen zusteht, bei Bewilligungsablauf¹⁰⁷⁷ im Hinblick auf die allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen, so v. a. polizeilicher oder arbeitsmarktlcher Aspekte, der weitere Aufenthalt untersagt werden kann. Der sozialrechtlichen Forderung des Grenzgängers auf Eingliederung steht dabei das pflichtgemässe Ermessen der Behörden gegenüber, das weiterhin sowohl die polizeilichen wie auch die wirtschaftlichen Interessen des Landes zu berücksichtigen hat. Die Ausländergesetzgebung sieht für solche Fälle keinen Anspruch vor¹⁰⁷⁸. Aus dieser Sicht wäre es daher den zuständigen

¹⁰⁷³ Art. 22 Abs. 3 A-Abk. 1967 i. d. F. 1977.

¹⁰⁷⁴ Da es sich dabei nicht um einen innerstaatlichen Begriff handelt, ist Art. 50 AHVV nicht anwendbar, vgl. Bendel, SZS 1980, S. 96.

¹⁰⁷⁵ Art. 3 Abs. 1 I-Abk. 1969 i. d. F. 1980.

¹⁰⁷⁶ Aus dem Versicherungsfall resultiert daher nicht automatisch eine Aufenthaltsbewilligung.

¹⁰⁷⁷ Diese Problematik wird aber zumeist auch schon während der Geltungsdauer der Bewilligung aktuell werden, weil die Eingliederungsmassnahmen in den meisten Fällen mit einem Berufs- und Stellenwechsel verbunden sind.

¹⁰⁷⁸ Gemäss Art. 13 lit. b BVO sind - was aber für den Grenzgänger keine Rolle spielt - Ausländer, die in der Schweiz invalid geworden sind und ihre bisherige Tätigkeit nicht weiterführen können, von der Kontingentierung ausgenommen. Im Gegensatz zu dem auch für Grenzgänger bedeutsamen Art. 2

Behörden¹⁰⁷⁹ aus polizeilichen oder wirtschaftlichen Gründen möglich, einen weiteren Aufenthalt zu verweigern¹⁰⁸⁰. Ein fremdenpolizeilicher Bewilligungsanspruch lässt sich jedoch aus dem (staatsvertraglichen) Sozialrecht herleiten. Da die Durchführung der sozialrechtlichen Bestimmungen des Bundesrechtes bzw. der Staatsverträge durch die Bewilligungsverweigerung verunmöglicht würden, muss davon ausgegangen werden, dass diese Normen eine "Reflexwirkung" auf das Fremdenrecht ausüben¹⁰⁸¹. Der Zweckgedanke der abgeschlossenen sozialrechtlichen Staatsverträge wie auch das humanitäre Pflichtgefühl der Schweiz lassen diese Anspruchsberechtigung als geboten erscheinen. Allerdings steht auch dieser Anspruch unter dem Vorbehalt der Widerrufsregeln¹⁰⁸². Ist dabei in polizeilicher Hinsicht grundsätzlich eine zurückhaltende Haltung angebracht, so vermag aber dennoch eine Invalidität ein gewisses Mass an Illegalität nicht zu rechtfertigen¹⁰⁸³. Demgegenüber erscheinen arbeitsmarktlische oder wirtschaftliche Ueberlegungen nur in ausserordentlich

lit. d BVO 1983 (AS 1983, 1446) werden ausländische Invalide aber nicht mehr zum "einheimischen Arbeitsmarkt" gerechnet, so dass ihnen gegenüber im Gegensatz zu früher der Vorrang des schweizerischen Arbeitsmarktes im Sinne von Art. 7 Abs. 1 BVO entgegengehalten werden kann. Der Beweggrund für diese Aenderung liege darin, in Zukunft auch die Lohn- und Arbeitsbedingungen invalid gewordener Ausländer überprüfen zu können, vgl. BIGA, 1986, S. 15. Gerade im Hinblick auf das beschränkte inländische Stellenangebot für Invalide dürften nun aber v. a. wirtschaftliche Erwägungen der Bewilligungserteilung eher entgegenstehen.

¹⁰⁷⁹ Vor der Prüfung durch die kantonalen Behörden trifft das BFA gemäss Art. 52 lit. a BVO einen selbständigen Entscheid über die Unterstellung des Ausländers unter Art. 13 lit. b BVO, vgl. BFA-Weisungen A 131.1; BIGA, 1986, S. 14.

¹⁰⁸⁰ Dabei könnte die getroffene Interessenabwägung zwischen dem berechtigten Interesse des ausländischen Invaliden und den polizeilichen oder wirtschaftlichen Vorbringen der Behörden aufgrund von Art. 100 Ziff. 3 OG dem Bundesgericht nicht vorgelegt werden.

¹⁰⁸¹ Eine solche indirekte Anspruchseinräumung wurde auch Art. 8 EMRK zuerkannt, vgl. BGE 110 Ib 201; 109 Ib 183; Thüerer, Familientrennung, S. 597 ff.; bezüglich der Arbeitslosenversicherung ähnlich Pfanner S. 175.

¹⁰⁸² Siehe hinten Abschnitt 3.3.1., S. 105.

¹⁰⁸³ Dennoch sollte das bisherige straffällige Verhalten eines invalid gewordenen Ausländers nur mit Blick auf den Aspekt der Sicherheit, hingegen nicht der Sanktionierung, zur Bewilligungsverweigerung führen.

extremen Fällen zur Bewilligungsverweigerung genügend¹⁰⁸⁴.

Aufgrund der vertraglichen Gleichstellungsklauseln erhalten die Grenzgänger unserer Nachbarländer die ordentliche Rente unter den gleichen Bedingungen wie die Inländer. Notwendig ist demzufolge ein Mindestmass an Invalidität¹⁰⁸⁵, die Versicherteneigenschaft¹⁰⁸⁶, ein volles Beitragsjahr¹⁰⁸⁷, ausser bei Dauerinvalidität¹⁰⁸⁸ der Ablauf einer 360-tägigen Wartefrist sowie die Beachtung der Subsidiarität gegenüber Eingliederungsmassnahmen¹⁰⁸⁹. Wie bei der AHV werden auch die ordentlichen Renten der IV in jeden Wohnsitzstaat ausbezahlt¹⁰⁹⁰.

Die in Art. 28 Abs. 1 2. Satz IVG vorgesehene Härtefallinvalidenrente ist für Grenzgänger ausgeschlossen, weil dabei wiederum am Wohnsitzerfordernis festgehalten wurde¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁴ Aufgrund der staatsvertraglich garantierten sozialrechtlichen Gleichstellung der Ausländer gegenüber Schweizern kann ihnen daher der Vorrang des schweizerischen Arbeitsmarktes grundsätzlich nicht entgegengehalten werden.

¹⁰⁸⁵ Art. 28 Abs. 1 IVG; allgemein zum Begriff der Invalidität Art. 4 Abs. 1 IVG; vgl. Maurer, Bd 2, S. 185, 223; Saxer S. 65 f. Dabei ist zu beachten, dass die "Invalidität" nicht einer medizinischen Würdigung des gesundheitlichen Zustandes des Versicherten entspricht, sondern eine rein rechnerische Grösse darstellt, die den wirtschaftlichen Erwerbsnachteil aufzeigen soll, vgl. Avenati S. 258; Blanc S. 48 ff.; Maurer, UVG, S. 282; Saxer S. 73; Vaucher S. 633.

¹⁰⁸⁶ Art. 6 Abs. 1 IVG; BGE 105 V 15 Erw. 1; zum Begriff der Versicherungsklausel vgl. BBl. 1965 II 1497; BBl. 1975 II 2206; Maurer, Bd. 2, S. 195. Dies ist für den Grenzgänger in bezug auf die ordentliche Invalidenrente deshalb von grosser Bedeutung, weil er, da ihm aufgrund der Grenzgängerbewilligung kein über die Erwerbstätigkeit hinausgehender Aufenthalt zugestanden wird, mit Aufgabe des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich die Schweiz zu verlassen hat und damit nicht mehr der schweizerischen Invalidenversicherung angehört; vgl. dazu nachfolgend Abschnitt 8.3.3.2.2., S. 235.

¹⁰⁸⁷ Art. 36 IVG; dabei werden ausser im Verhältnis mit dem Fürstentum Liechtenstein ausländische Versicherungszeiten nicht angerechnet, Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 FL-Abk. 1965; BBl. 1975 II 2206; BBl. 1968 I 546.

¹⁰⁸⁸ Darunter ist ein stabiler und irreversibler Schaden zu verstehen, Art. 29 IVG, dazu Pra. 1986, Nr. 72 Erw. 3a; Maurer, Bd. 2, S. 264.

¹⁰⁸⁹ Diese müssen aussichtslos sein oder dürfen ihr Ziel nicht erreicht haben, Art. 36 IVG.

¹⁰⁹⁰ Vgl. Wegleitung I A2, D2; Wegleitung II F2, FL2, I2; Bericht SK S. 56; Guide S. 32.

¹⁰⁹¹ Art. 19 Abs. 2 D-Abk. 1964 i. d. F. 1975; Art. 12 Abs. 3 FL-Abk. 1965; Art. 8 lit. e I-Abk. 1962 i. d. F. 1980;

Grenzgänger können keinen Anspruch auf ausserordentliche Renten geltend machen. Während im Verhältnis mit Liechtenstein grundsätzlich deren Ausrichtung durch den Wohnsitzstaat vorgesehen ist¹⁰⁹², ist in den anderen Uebereinkünften stets das Wohnsitzerfordernis enthalten¹⁰⁹³. Da dieses bei der Hilflosenentschädigung schon als Voraussetzung der schweizerischen Gesetzgebung besteht¹⁰⁹⁴, ist auch deren Ausrichtung an Grenzgänger nicht möglich¹⁰⁹⁵.

8.3.3.2.2. *Erhalt der Rechte und Anwartschaften*

Jede Leistung der IV ist von der Versicherungszugehörigkeit bei Eintritt des Versicherungsfalles abhängig¹⁰⁹⁶. Da der Grenzgänger mit Beendigung der Erwerbstätigkeit in der Schweiz grundsätzlich nicht mehr versichert ist¹⁰⁹⁷, musste, wenn die erworbenen Ansprüche gewahrt bleiben sollten, auf zwischenstaatlichem Wege eine Regelung erfolgen. Während das Abkommen mit Frankreich¹⁰⁹⁸ in diesem Falle die Leistung sämtlicher Versicherungsleistungen - auch derjenigen, die dem Grenzgänger gegenüber dem ehemaligen Versi-

Art. 24 Abs. 2 A-Abk. 1967; BGE 107 V 159.

¹⁰⁹² Art. 9 Abs. 1 FL-Abk. 1965; Avenati S. 274/5.

¹⁰⁹³ Art. 20 D-Abk. 1964; Art. 1 Abs. 1 F-Prot. 1975; Art. 8 lit. d I-Abk. 1962 i. d. F. 1980; Art. 24 Abs. 1 A-Abk. 1967. Dies wird damit begründet, dass diese beitragsunabhängigen Leistungen aus öffentlichen Geldern erbracht werden, vgl. Blanc S. 33.

¹⁰⁹⁴ Art. 42 Abs. 1 IVG.

¹⁰⁹⁵ Ein ausdrücklicher Ausschluss erfolgte zwar nur in Art. 8 lit. e I-Abk. 1962 i. d. F. 1980 und in Art. 12 Abs. 2 FL-Abk. 1965; in den anderen gilt aber die Gleichstellung zu Inländern, die gemäss Art. 42 IVG auch Wohnsitz haben müssen, vgl. Viret S. 109.

¹⁰⁹⁶ Art. 6 Abs. 1 IVG, sog. "Versicherungsklausel"; BBl. 1965 II 1497; 1975 II 2206; vgl. Blanc S. 63 ff.; Maurer, Bd. 2, S. 195.

¹⁰⁹⁷ Ein spezieller Fall liegt dann vor, wenn ein ehemals als Grenzgänger tätiger Ausländer in der Schweiz Wohnsitz nimmt.

¹⁰⁹⁸ Art. 15 Abs. 2 i. V. m. Art. 13 und 14 F-Abk. 1975; im Hinblick auf ausserordentliche Fälle wurde jedoch in Art. 11 eine einjährige Versicherungsklausel aufgenommen, vgl. dazu BBl. 1975 II 2206; Avenati S. 270 f.; Ricq S. 319.

cherer des Nachbarstaates zustehen¹⁰⁹⁹ – allein durch den Versicherer im Zeitpunkt des Versicherungsfalles vorsieht¹¹⁰⁰, wurden in den anderen Vereinbarungen Versicherungsklauseln stipuliert, mit der Wirkung, dass der Grenzgänger auch nach der Beziehungsaufgabe zur Schweiz eine Anwartschaft auf die ordentliche Rente behält¹¹⁰¹. Die Vereinbarungen mit Deutschland¹¹⁰², Italien¹¹⁰³ und Oesterreich¹¹⁰⁴, legen daher fest, dass der Grenzgänger immer dann als versichert zu betrachten sei, wenn er der einheimischen Versicherung angehört¹¹⁰⁵ oder "in den drei Jahren unmittelbar vor dem Eintritt des Versicherungsfalles während mindestens eines Jahres Beiträge nach der schweizerischen Gesetzgebung" geleistet hat. Im Verhältnis zum Fürstentum Liechtenstein¹¹⁰⁶ gilt dies, soweit der Grenzgänger im anderen Vertragsstaat versichert ist.

Bezüglich des Leistungsexportes in den Vertragsstaat bzw. in

-
- ¹⁰⁹⁹ Demzufolge werden für die Berechnung der Rente die in Frankreich zurückgelegten Versicherungszeiten angerechnet, vgl. Art. 13 F-Abk. 1975. Diese Anrechnungspflicht bezieht sich jedoch nur auf die Berechnung der Leistung, hingegen nicht auf die Mindestbeitragsdauer, BGE 110 V 281 Erw. 1.
- ¹¹⁰⁰ Sog. "Risikoprinzip" oder Staatsvertragstyp A. Vgl. BGE 109 V 188 Erw. 3b; BBl. 1975 II 2204; Avenati S. 273 f.; Hofstetter S. 171; Motta, SZS 1976, S. 248; Ricq S. 319; Saxer S. 262 f.; Viret S. 109.
- ¹¹⁰¹ Dabei erhält der Versicherte im Versicherungsfalle gemäss dem Pro-rata-System die ihm aufgrund der Versicherungsdauer zustehenden Versicherungsleistungen von beiden Staaten, sog. Staatsvertragstyp B, vgl. Avenati S. 273; Saxer S. 262 f.
- ¹¹⁰² Art. 19 Abs. 1 D-Abk. 1964 i. d. F. 1976, vgl. auch Art. 10e des Schlussprotokolls von D-Abk. 1964 i. d. F. 1975, nachdem die Versicherungszugehörigkeit auch während der Eingliederungsmassnahmen gewährleistet ist; Avenati S. 269 f.; Paetzold, Grenzgänger, S. 23.
- ¹¹⁰³ Art. 3 Abs. 3 I-Abk. 1969 i. d. F. 1980, vgl. dazu auch die weitergehenden Regelungen aufgrund Ziff. 1 des Schlussprotokolls I-Abk. 1969 i. V. m. Art. 8 lit. b I-Abk. 1962 i. d. F. 1980 und Art. 1 I-Abk. 1974; ZAK 1985, 411 ff.; BGE 110 V 106; Avenati S. 267 ff.
- ¹¹⁰⁴ Art. 23 A-Abk. 1967, zum Teil revidiert in Art. 1 Ziff. 12 A-Abk. 1977.
- ¹¹⁰⁵ Da es sich dabei um einen allgemeinen Grundsatz handelt, kann sich auch der Grenzgänger darauf berufen; andernfalls käme die Sonderregelung einer Benachteiligung gleich, vgl. Bendel, SZS 1980, S. 84; Paetzold, Sozialversicherung, S. 29. Diese Anrechnung wird verschiedentlich in den Protokollen näher spezifiziert und ausgeführt, vgl. BGE 107 V 95 f.; 105 V 16.
- ¹¹⁰⁶ Art. 10 Abs. 1 FL-Abk. 1965.

einen Drittstaat kann auf die Ausführungen zur AHV-Gesetzgebung verwiesen werden¹¹⁰⁷.

8.3.4. *Ergänzungsleistungen zur AHV und IV*

Art. 2 Abs. 2 des "BG über die Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung" vom 19. März 1965 (=ELG)¹¹⁰⁸ macht diese finanzielle Zusatzleistungen an Ausländer grundsätzlich von einem 15-jährigen ununterbrochenen Aufenthalt abhängig. Da Grenzgänger nicht in der Schweiz ansässig sind¹¹⁰⁹ und die abgeschlossenen Staatsverträge diese Sozialleistung nicht erfassen¹¹¹⁰, steht dem Grenzgänger diesbezüglich kein Anspruch zu.

8.3.5. *Die Unfallversicherung*

Mit dem auf Art. 34 bis BV abgestützten "BG über die Unfallversicherung" vom 20. März 1981 (=UVG)¹¹¹¹ wird der Versicherungsschutz auf den Gebieten der Berufskrankheiten¹¹¹², des Berufs- und Nichtberufsunfalles¹¹¹³ sowie den aus deren Heilbehandlung entstehenden Schädigungen angestrebt¹¹¹⁴. Leistungsansprüche

¹¹⁰⁷ Hinten Abschnitt 8.3.2.2.1., S. 228.

¹¹⁰⁸ SR 831.30 = AS 1965, 537.

¹¹⁰⁹ BBl. 1964 II 691.

¹¹¹⁰ Vgl. Avenati S. 277; Hofstetter S. 73.

¹¹¹¹ SR 832.20. Vgl. dazu allgemein Maurer, Bd. 2, S. 427 ff.; ders., Unfallversicherung, S. 44 ff.

¹¹¹² Zum Begriff der Berufskrankheit vgl. Art. 9 UVG; Maurer, Bd. 2, S. 461 f.; ders., UVG, S. 280.

¹¹¹³ Vormals "Betriebs- und Nichtbetriebsunfall". Unter "Unfall" ist eine "plötzliche Einwirkung eines mehr oder weniger ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper" zu verstehen, Art. 9 UVV; vgl. BGE 112 V 26 Erw. 3 b, 202 Erw. 1; Ghelew/Clerc, SJK 347a, 8 ff.; Maurer, Bd. 2, S. 461 f.; ders., UVG, S. 280 zur "unfallähnlichen Schädigung".

¹¹¹⁴ Art. 6 UVG. Gemäss Art. 8 Abs. 2 UVG sind Teilzeitbeschäftigte gegen Nichtberufsunfälle nicht versichert.

können in Form von Kostenvergütungen aus Sachschäden¹¹¹⁵ oder Transportkosten¹¹¹⁶, von Pflegekosten aus einer Heilbehandlung oder benötigten Hilfsmitteln¹¹¹⁷ und von Geldleistungen¹¹¹⁸ erbracht werden¹¹¹⁹. Im Gegensatz zur AHV und IV enthält das UVG keine die Ausländer diskriminierenden Bestimmungen, so dass schon aus dem innerstaatlichen Recht von der Gleichstellung zwischen In- und Ausländer ausgegangen werden kann. Da auch keine der Leistungen vom Wohnsitz abhängig gemacht wird, kommt dieser Versicherungsschutz grundsätzlich auch dem Grenzgänger zugute, sofern er versichert ist¹¹²⁰. Diese Gleichstellung ist zumindest im Masse des vom Gesetz vorgesehenen Versicherungsschutzes auch von den privaten Versicherungsträgern zu beachten¹¹²¹. Für den Grenzgänger ist dabei von Bedeutung, dass die Leistungen, insbesondere die Pflegeleistungen¹¹²² auch im Ausland erbracht werden¹¹²³. Der Versicherungsschutz endet gemäss Art. 3 Abs. 2 UVG "mit dem 30. Tag nach dem Tage, an dem der Anspruch auf mindestens den halben Lohn aufhört"¹¹²⁴.

¹¹¹⁵ Es muss sich dabei um Sachen handeln, die einen Körperteil oder eine Körperfunktion ersetzen, vgl. Art. 12 UVG.

¹¹¹⁶ Zu den zu vergütenden Transportkosten sind Reise-, Transport- und Rettungskosten wie auch die Leichentransport- und Bestattungskosten zu zählen, vgl. Art. 13 UVG.

¹¹¹⁷ Art. 10 f. UVG.

¹¹¹⁸ In Frage kommen Taggelder, Integritätsentschädigungen, Hinterlassenen- oder Invalidenrenten und Hilfflosenentschädigungen, vgl. Art. 15 ff. UVG.

¹¹¹⁹ Art. 6 UVG; Ghelew/Clerc, SJK 348, S. 2 ff.; Maurer, Bd. 2, S. 463 ff.; ders., Unfallversicherungsrecht, S. 271 ff.

¹¹²⁰ Vgl. Art. 10 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 16 Abs. 1, Art. 18 Abs. 1, Art. 24 Abs. 1 und Art. 26 Abs. 1 UVG. Gemäss Art. 1 UVG unterliegt der Grenzgänger grundsätzlich dem Versicherungsobligatorium.

¹¹²¹ Art. 70 Abs. 1 UVG; entsprechend dem Gegenseitigkeitsprinzip wird dies aber auch bei darüber hinausgehenden Leistungen der Fall sein, vgl. BGE 105 V 280; Duc S. 19 ff.

¹¹²² Allerdings wird, da die Heilbehandlung im Ausland der Kontrolle der Versicherung entzogen ist, die Kostenvergütung bei Behandlung im Ausland auf den doppelten Betrag begrenzt, der bei einer Behandlung in der Schweiz entstanden wäre, vgl. Art. 10 Abs. 3 UVG i. V. m. Art. 17 UVV; Ghelew/Clerc, SJK 348, S. 12/3; Maurer, UVG, S. 281.

¹¹²³ Vgl. Ricq S. 320. Die Renten werden auch an Hinterbliebene mit Wohnsitz im Ausland ausgerichtet, vgl. Aeschbacher/Hegetschweiler N 11.3.1.

¹¹²⁴ Sog. "Nachdeckung", vgl. Maurer, Unfallversicherungsrecht,

Die vom UVG erfassten Risiken fanden zum Teil auch in den von der Schweiz ratifizierten multilateralen¹¹²⁵ und bilateralen Vereinbarungen Eingang. Im "Internationalen Uebereinkommen (Nr. 19) über die Gleichstellung einheimischer und ausländischer Arbeitnehmer in der Entschädigung bei Betriebsunfällen" vom 5. Juni 1925¹¹²⁶ verpflichten sich die beigetretenen Staaten in Art. 1, ausländische Staatsangehörige eines mitratifizierenden Staates oder deren Hinterlassenen bei der Entschädigung anlässlich von Betriebsunfällen auf ihrem Gebiet den Inländern ohne Rücksicht auf den Wohnsitz gleichzustellen. Während auch die Berufskrankheiten eine Regelung durch eine multilaterale Uebereinkunft fanden¹¹²⁷, wurde die Versicherung der Nichtbetriebsunfälle nur durch die bilateralen Staatsverträge behandelt. Diese sichern dem Ausländer und damit auch dem Grenzgänger grundsätzlich durch die umfassende Gleichbehandlungsklausel die Gleichstellung. Im Verhältnis mit dem Fürstentum Liechtenstein ist dagegen die Unfallversicherung nur auf bilateraler Ebene geregelt, da dieser Staat den beiden oben genannten internationalen Uebereinkünften nicht beigetreten ist¹¹²⁸. Ausser mit dem Fürstentum Liechtenstein wurde in den Abkommen mit allen Nachbarstaaten

S. 141.

¹¹²⁵ Von unseren Nachbarstaaten sind Deutschland, Frankreich, Italien wie auch Oesterreich diesen Abkommen beigetreten.

¹¹²⁶ SR 0.832.27 = BS 14, 63. Aus der vorbehaltlosen und eindeutigen Fassung der Gleichbehandlungsklausel ist auf deren direkte Anwendbarkeit zu schliessen, vgl. BBl. 1985 III 583; Avenati S. 289/90; Berenstein S. 181; Bericht SK S. 53; Hofstetter S. 173; Viret S. 99; Weber S. 85.

¹¹²⁷ In Art. 2 des "Uebereinkommens Nr. 18 über die Entschädigung aus Anlass von Berufskrankheiten" vom 10. Juni 1925 (SR 0.832.21 = BS 14, 68) werden die ratifizierenden Staaten verpflichtet, an Arbeitnehmer oder deren Hinterlassenen nach ihren allgemeinen Grundsätzen eine Entschädigung auszurichten, sofern eine Berufskrankheit im Sinne von Art. 2 Abs. 2 zur Erwerbsunfähigkeit führt. Dabei fehlt aber eine ausdrückliche Gleichbehandlungsklausel. Darüber hinaus ist dieses Abkommen aufgrund seiner Formulierung als non-self-executing Norm zu betrachten.

¹¹²⁸ In einem der Bundesversammlung nicht zur Genehmigung vorgelegten Notenaustausch vom 31. Dezember 1932 (SR 0.832.295.14 = BS 11, 184) wurde die Gleichstellung bei Betriebs- und Nichtbetriebsunfällen vereinbart. Unbehandelt blieb dagegen die Gleichstellung im Falle der Berufskrankheiten.

vereinbart, dass bei Eintreten des Versicherungsfalles auch der Vertragsstaat, in dem keine Versicherung vorliegt, zur Hilfeleistung verpflichtet ist, wobei ihm die dabei anfallenden Kosten vom Träger des Versicherungsstaates rückzuerstatten sind¹¹²⁹.

8.3.6. Die Krankenversicherung

In Art. 2 Abs. 1 lit. a des "BG über die Krankenversicherung" vom 13. Juni 1911 (=KVG)¹¹³⁰, das in erster Linie ein Subventionsgesetz darstellt¹¹³¹, überlässt es der Bund den Kantonen, "die Krankenversicherung allgemein oder für einzelne Bevölkerungsklassen obligatorisch zu erklären"¹¹³². Wo dies nicht der Fall ist, müssen sich die Grenzgänger privat oder im Rahmen des Geschäftsbetriebes freiwillig versichern. Dies wird oftmals v. a. von denjenigen Ausländern vergessen, die, zuvor obligatorisch versichert, mit der Beendigung der ausländischen Erwerbstätigkeit des Versicherungsschutzes im Wohnsitzstaat verlustig wurden¹¹³³. Deshalb wurde in Art. 9 Abs. 1 BVO festgesetzt, dass eine Bewilligung nur erteilt werden dürfe, wenn "der Ausländer angemessen¹¹³⁴ gegen die wirtschaftlichen Folgen von Krankheit gesichert ist"¹¹³⁵. Im Gegensatz zum üblichen innerstaatlichen Versicherungsobligatorium

¹¹²⁹ Art. 21 Abs. 1 D-Abk. 1964; Art. 24 Abs. 1 lit. a F-Abk. 1975; Art. 11 I-Abk. 1962; Art. 15 Abs. 4 A-Abk. 1967.

¹¹³⁰ SR 832.10.

¹¹³¹ Vgl. Charles S. 283; ders., Versicherungen, S. 33 ff.; Maurer, Bd. 2, S. 277.

¹¹³² Gestützt darauf besteht in verschiedenen Kantonen oder Gemeinden ein Obligatorium für Ausländer, vgl. dazu Avenati S. 278 f.; Lüönd S. 45 f.; Paetzold, Sozialversicherung, S. 42; Viret S. 101.

¹¹³³ Vgl. Avenati S. 278; Bericht SK 50 f., 185.

¹¹³⁴ Als Massstab der "Angemessenheit" gelten dabei wohl die in der innerstaatlichen Gesetzgebung vorgesehenen Mindestleistungen.

¹¹³⁵ Vgl. BIGA, 1986, S. 11. Diese Bestimmung ist in materieller Hinsicht ohne Zweifel zu begrüssen, formell ist jedoch zu beanstanden, dass sie lediglich auf Verordnungsstufe festgelegt wurde. Zur Haftung bei Verletzung dieser Bestimmung vgl. Avenati S. 279.

ist auch eine alleinige Versicherung im Ausland möglich.

Das gedeckte Risiko umfasst den Krankheitsfall¹¹³⁶, in welchem gemäss Art. 12 Abs. 1 KVG vom Versicherungsträger mindestens Krankenpflege¹¹³⁷ oder ein tägliches Krankengeld zu gewähren ist¹¹³⁸. Die Bundesgesetzgebung enthält keine speziell die Ausländer ansprechenden Normen, v. a. fehlt ein Gleichstellungsgebot¹¹³⁹. Die Stellung des Grenzgängers richtet sich demnach in erster Linie nach den in den Versicherungsbedingungen festgelegten Bestimmungen¹¹⁴⁰. Allerdings hat das Bundesgericht entschieden, dass, soweit der Grenzgänger zur gleichen Beitragspflicht wie der Inländer angehalten wird, aus dem in Art. 3 Abs. 3 KVG verankerten Grundsatz der Gegenseitigkeit ein Anspruch auf Gleichbehandlung besteht, solange er in der benachbarten Grenzzone wohnt¹¹⁴¹. Mit dem Entscheid in BGE 105 V 280 gewährleistet das Bundesgericht dem Grenzgänger gemäss dem Grundsatz der Gleichbehandlung auch die Möglichkeit, die Leistung an seinem Wohnort zu beanspruchen, wenn nicht "nach den gesamten Umständen, insbesondere den gesundheitlichen Verhältnissen, verlangt werden kann, dass die ärztliche Behandlung in der Schweiz erfolgt" (282). Zur Stellung der Grenzgänger in der schweizerischen Krankenversicherung sei auf folgende

¹¹³⁶ Zum Begriff der Krankheit vgl. Maurer, Bd. 1, S. 276 ff.

¹¹³⁷ Vgl. zu deren nähern Umschreibung Art. 12 Abs. 2, insbesondere zur zeitlichen Begrenzung Art. 12 Abs. 3 und 4 KVG.

¹¹³⁸ Allgemein zu den Mindestleistungen Charles S. 284 f.

¹¹³⁹ Vgl. demgegenüber Art. 3 Abs. 2 KVG. So wird z. B. gemäss Art. 5 Abs. 1 KVG nur den Schweizern ein Beitrittsrecht zu einer Krankenkasse gewährleistet. Gegenüber Ausländern ergibt sich ein solches dagegen nur aufgrund der bisherigen Praxis; vgl. Avenati S. 279/80; Maurer, Bd. 1, S. 206 N 422; Paetzold, Sozialversicherung, S. 43; Ricq S. 323; Viret S. 102; zur Aufnahmepflicht gemäss Art. 5 bis Abs. 4 KVG EVeG 1968, 5 ff. Schon in Anbetracht von Art. 9 Abs. 1 BVO ist aber eine entsprechende gesetzliche Verankerung de lege ferenda vorzusehen.

¹¹⁴⁰ So findet sich z. B. oftmals in den allgemeinen Versicherungsbedingungen eine speziell die Grenzgänger erfassende Klausel, nach der die Versicherung auch Gültigkeit an ihrem ausländischen Wohnort, von dem aus sie ihren täglichen Weg zur Arbeit aufnehmen, hat.

¹¹⁴¹ BGE 105 V 281; 103 V 73 f.; vgl. dazu Duc S. 19 ff., 263; Viret S. 104.

Punkte hingewiesen:

- a) Es ist dem Grenzgänger, obwohl ihm gegenüber seitens der Krankenversicherer keine Aufnahmepflicht besteht, praktisch überall in der Schweiz möglich, sich zu versichern.
- b) Für den Grenzgänger ergibt sich jedoch daraus eine Benachteiligung, dass er in der Regel nicht den gleichen Tarifen¹¹⁴² untersteht wie im Kanton Wohnsitz nehmende Personen¹¹⁴³. Zumeist werden denn auch für die Behandlung im Ausland wohnender Ausländer höhere Arzt- und Spitalkosten erhoben¹¹⁴⁴. Im Versicherungsfalle erhalten die Grenzgänger aber nur diejenigen Kosten von der Versicherung zurückvergütet, die den Arzt- und Spitalkosten entsprechen, welche für die im betreffenden Kanton wohnhaften Schweizer gelten¹¹⁴⁵. Will der Grenzgänger auch für die darüber hinausgehenden Kosten gedeckt sein, muss er zusätzliche Versicherungen abschliessen und damit auch höhere Prämien entrichten.
- c) Obwohl die Krankenversicherer grundsätzlich keinen Kostenersatz für Pflegeleistungen im Ausland gewähren¹¹⁴⁶, besteht für Grenzgänger die Regel, dass ein solcher erbracht wird, soweit die Behandlung innerhalb eines bestimmten Umkreises vom Wohnsitz erfolgt. Dabei ist jedoch wiederum zu beachten, dass ohne den Abschluss zusätzlicher Versicherungen als Höchstgrenze von den für die im Kanton wohnhaften Schweizer geltenden inländischen Tari-

¹¹⁴² Vgl. allgemein zum Begriff des "Tarifschutzes" Duc S. 305; Maurer, Bd. 2, S. 356/7.

¹¹⁴³ Vgl. dagegen in der Unfallversicherung Art. 56 Abs. 4 UVG; Maurer, Unfallversicherung, S. 529.

¹¹⁴⁴ Vgl. BGE 112 V 192 Erw. 2 c; z. B. im Kanton Zürich GS Nr. 813.111 § 6.

¹¹⁴⁵ Vgl. Avenati S. 286.

¹¹⁴⁶ Dies aufgrund der grundsätzlich ausbleibenden Subventionierung, vgl. Art. 34 der VO 1 über die Krankenversicherung (SR 832.190); Avenati S. 280 f.

fen ausgegangen wird.

- d) Eine weitere Schwierigkeit besteht in der Versicherung der Familienmitglieder des Grenzgängers, da nicht alle Krankenversicherer eine solche zulassen¹¹⁴⁷. Soweit sie aber möglich ist, sind die Familienmitglieder des Grenzgängers bezüglich der Versicherungsleistungen dem Grenzgänger gleichgestellt.

In den bilateralen Verhandlungen wurde aufgrund der innerstaatlichen Rechtslage schweizerischerseits stets hervorgehoben, dass "die Besonderheiten der schweizerischen Krankenversicherung" einer zwischenstaatlichen Regelung entgegenstünden¹¹⁴⁸. Ausser in der Vertragsbeziehung zu Frankreich¹¹⁴⁹ wurde denn dieser Versicherungszweig grundsätzlich nicht in den Geltungsbereich der bilateralen Vereinbarungen mit unseren Nachbarstaaten miteinbezogen. Die zwischenstaatlichen Unterhandlungen beschränkten sich darauf, in Zusammenarbeit mit den Krankenkassen in den Schlussprotokollen wenigstens für den Fall des Wohnsitzwechsels den Uebertritt in die Krankenversicherung am neuen Wohnort zu erleichtern¹¹⁵⁰. Eine staatsvertragliche Regelung ist unbestrittenermassen wünschens-

¹¹⁴⁷ Vgl. Avenati S. 277/8.

¹¹⁴⁸ BBl. 1975 II 2210; 1968 I 548; vgl. Panayotopoulos S. 96 ff.; hingegen die weitergehenden Bestrebungen in den neueren Sozialabkommen, z. B. BBl. 1985 III 530/1 (Finnland).

¹¹⁴⁹ Materiell ergeben sich dadurch aber keine nennenswerten Unterschiede, BBl. 1975 II 2210; vgl. aber zur innerstaatlichen Regelung in Frankreich Ricq S. 321 f.

¹¹⁵⁰ Vgl. Art. 12 I-Abk. 1980 (Ziff. 13 des Schlussprotokolls von I-Abk. 1962, die durch Art. 7 I-Abk. 1980 geändert wurde, sah noch eine Verpflichtung des Arbeitgebers vor, für den Beitritt seines Arbeitnehmers zu einer Krankenversicherung zu sorgen, vgl. dazu auch Hofstetter S. 175). Mit dem Fürstentum Liechtenstein wurde dagegen gar keine Abrede getroffen, da die Krankenversicherung in beiden Ländern hauptsächlich durch schweizerische Krankenkassen durchgeführt wird, BBl. 1965 II 1493. Vgl. zur Anrechnung schweizerischer Versicherungszeiten auch die Abreden mit Deutschland in Art. 14 des Schlussprotokolls D-Abk. 1964 i. d. F. 1976; mit Frankreich in Ziff. 10 des Schlussprotokolls von F-Abk. 1975 und mit Oesterreich in Ziff. 14 lit. b des Schlussprotokolls A-Abk. 1967; dazu Avenati S. 284; Panayotopoulos S. 99 f.; Saxer S. 264 f.

wert¹¹⁵¹.

8.3.7. Die berufliche Vorsorge

Durch Art. 2 Abs. 1 des "BG über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge" vom 25. Juni 1982 (=BVG)¹¹⁵² unterstellt der Bund grundsätzlich alle Arbeitnehmer der von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zusammen getragenen Betriebsvorsorge, die dieselbe Risikodeckung vornimmt, wie die staatliche AHV/IV-Gesetzgebung. Der Leistungsanspruch besteht im Gegensatz zur staatlichen Versicherung dagegen nur in einer beitragsabhängigen Rente. Das BVG sieht keine den Ausländer diskriminierenden Regelungen vor, so dass Grenzgänger den schweizerischen Arbeitnehmern gleichgestellt sind. Im Versicherungsfall werden die Renten auch am jeweiligen Wohnsitz des Grenzgängers ausgerichtet. Bricht der Grenzgänger die Beziehung zur Schweiz vor diesem Zeitpunkt ab, so hat er, soweit es sich um einen definitiven Beziehungsabbruch handelt, gemäss Art. 30 Abs. 2 lit. a BVG Anspruch auf Barauszahlung des ihm zustehenden Altersguthabens¹¹⁵³.

Auf zwischenstaatlicher Ebene wurde dieser Versicherungszweig bisher nicht geregelt¹¹⁵⁴. Eine Absprache ist zwar nicht unbedingt notwendig, doch liesse sie sich aus denselben Gründen rechtfertigen,

¹¹⁵¹ Vgl. Hofstetter S. 174; Ricq S. 323, 334; Weber S. 95.

¹¹⁵² SR 831.40 = AS 1983, 797. Zur geltenden Gesetzgebung im allgemeinen vgl. Laur/Umbricht-Maurer Teil 9; zur geschichtlichen Entwicklung Schweizer/Manhart S. 178 ff.

¹¹⁵³ Vgl. BBl. 1976 I 239, 1272; Helbling S. 107; Riener S. 114 N 18; Ricq S. 327. Es ist Sache der Vorsorgeanstalten, einen allfälligen Missbrauch zu verhindern, vgl. Pra. 1986, Nr. 186.

¹¹⁵⁴ Gemäss Art. 1 Abs. 2 I-Abk. 1962 hängt die Ausdehnung des bestehenden Sozialabkommens auf neue Versicherungszweige von einer zusätzlichen Vereinbarung ab; so auch in Art. 2 Abs. 2 A-Abk. 1967. In Ziff. 12 des Schlussprotokolls F-Abk. 1975 wurde die berufliche Vorsorge sogar ausdrücklich ausklammert.

mit denen Schweizerbürgern die Barauszahlung auf Antrag verwehrt wird¹¹⁵⁵. Es könnte daher, sofern der Vertragsstaat ein dementsprechendes System kennt, eine Regelung getroffen werden, wonach eine Weiterversicherung im einen Vertragsstaat unter Uebernahme der im anderen Vertragsstaat erworbenen Freizügigkeitsleistung erfolgt.

8.3.8. Die Arbeitslosenversicherung

8.3.8.1. Das schweizerische Recht

Mit dem gestützt auf den Verfassungsauftrag von Art. 34 novies BV erlassenen "BG über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung" vom 25. Juni 1982 (=AVIG)¹¹⁵⁶ soll das Risiko des Erwerbsausfalles infolge von Ganzarbeitslosigkeit, Kurzarbeit¹¹⁵⁷, schlechtem Wetter¹¹⁵⁸ und der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers abgedeckt werden¹¹⁵⁹. Da sich gemäss Art. 2 AVIG die Beitragspflicht nach den Bestimmungen der AHV-Gesetzgebung richtet, untersteht auch der Grenzgänger dem Obligatorium. Im allgemeinen geht das Gesetz von der Gleichstellung der In- und Ausländer aus¹¹⁶⁰, so dass auch der Grenzgänger grundsätzlich bezugsberechtigt ist. Für die Ganzarbeitslosigkeit wurde jedoch ein Leistungsexport von vornherein ausgeschlossen¹¹⁶¹. Allein aus der innerstaatlichen Gesetzgebung kann der

¹¹⁵⁵ Mit dieser Regelung soll im Sinne eines Zwangssparens die obligatorische Versicherung bzw. die Vorsorgeschutzerhaltung gewährleistet bleiben, vgl. BBl. 1976 I 172, 238.

¹¹⁵⁶ SR 837.0 = AS 1982, 2184.

¹¹⁵⁷ Vgl. dazu Stauffer, Kurzarbeit, S. 177 ff.

¹¹⁵⁸ Vgl. zu diesem Begriff Spühler, SZS 1985, 285 f.

¹¹⁵⁹ Daneben sind im Gesetz auch Massnahmen zur allgemeinen Verhütung und Bekämpfung der Arbeitslosigkeit vorgesehen, vgl. Art. 1 Abs. 2, Art. 59 ff. AVIG. Diese Leistungen stehen dem Grenzgänger aber nicht zu, da sie nur im Falle von Ganzarbeitslosigkeit zum Tragen kommen und diesfalls der Wohnsitzstaat zuständig ist, vgl. BBl. 1983 I 6.

¹¹⁶⁰ Vgl. BBl. 1980 III 546; Pfanner S. 171.

¹¹⁶¹ Zur Begründung vgl. BBl. 1979 I 819 f.; 1980 III 546; BGE

Grenzgänger daher, soweit er die allgemeinen, alle Versicherten betreffenden Anspruchsvoraussetzungen¹¹⁶² erfüllt und es sich nicht um eine Ganztagsarbeitslosigkeit handelt, die Kurzarbeits-¹¹⁶³, die Schlechtwetter-¹¹⁶⁴ und die Insolvenzentschädigung¹¹⁶⁵ geltend machen¹¹⁶⁶.

Ein über die Geltungsdauer der Grenzgängerbewilligung hinausgehender Versicherungsschutz kann aber nicht als Anspruch auf eine fremdenpolizeiliche Bewilligungsverlängerung gewertet werden. Den zuständigen Bewilligungsbehörden bleibt es deshalb unbenommen, den Kantons-, Stellen- oder Berufswechsel sowie die Verlängerungsgesuche auch während dem Bezug von Arbeitslosengeldern zu verweigern¹¹⁶⁷. Diese Betrachtungsweise ist deshalb angebracht, weil der Grenzgänger auch bei ungestörten Arbeitsverhältnissen nach der zugelassenen Frist mit dem Ende der Erwerbstätigkeit rechnen musste und ihm aufgrund des Versicherungsfalles gegenüber den ordentlichen Verhältnissen grundsätzlich keine bessere Stellung zukommen soll. Andernfalls wäre der teilarbeitslos gewordene Ausländer gegenüber anderen Ausländern ohne zureichenden Grund privilegiert. Insbesondere ist eine Anspruchseinräumung auch sozialpolitisch nicht gefordert, wird ein ganzarbeitsloser Grenzgänger doch von seinem Wohnsitzstaat unterstützt¹¹⁶⁸. Es liegt jedoch sowohl im pflichtge-

112 V 144; Pfanner S. 174 f.

¹¹⁶² Zu berücksichtigen ist insbesondere, dass ausländische Beitragszeiten nicht an die schweizerische Wartefrist angerechnet werden, vgl. BBl. 1980 III 546.

¹¹⁶³ Art. 31 ff. AVIG.

¹¹⁶⁴ Art. 42 ff. AVIG.

¹¹⁶⁵ Art. 51 ff. AVIG; BGE 112 V 143 f.

¹¹⁶⁶ BBl. 1983 I 6; zur weiteren Erläuterung der Anspruchsvoraussetzungen vgl. Stauffer S. 146 ff., 173 ff.

¹¹⁶⁷ Vgl. aber gegenüber italienischen Arbeitskräften im Schlussprotokoll Ziff. VII Abs. 2 des Abkommens mit Italien vom 10. August 1964 (SR 0.142.114.548).

¹¹⁶⁸ Anderes gilt hinsichtlich der sich allerdings in einer etwas anderen Situation befindlichen Jahresaufenthaltern, vgl. BFA, Ratgeber, S. 17; Pfanner S. 171 ff. Ein Anspruch aus der Beitragspflicht abzuleiten scheint bei der Frage des Anspruchs auf Verlängerung einer abgelaufenen Bewilligung aber nicht angebracht, weil der Ausländer aufgrund seiner Leistung nur erwarten durfte, dass das Risiko der Arbeitslosigkeit während der ihm zugesicherten Anwesenheitsdauer ab-

mässen Ermessen der Behörden wie auch in einem fairen Verhalten gegenüber dem Ausland¹¹⁶⁹, dass die Bewilligungsprüfung gestützt auf die im Fremdenrecht vorgesehenen Grundlagen erfolgt, ungeachtet der finanziellen Belastung der schweizerischen Sozialversicherung im konkreten Fall.

8.3.8.2. Die staatsvertraglichen Vereinbarungen

Im "Uebereinkommen (Nr. 44) über die Gewährung von Versicherungsleistungen oder von Unterstützungen an unfreiwillige Arbeitslose" vom 23. Juni 1934¹¹⁷⁰ fand die Arbeitslosenversicherung eine multilaterale Regelung. Obwohl das Abkommen den Gleichbehandlungsgrundsatz stipuliert hat¹¹⁷¹, kann sich der Grenzgänger darauf nicht berufen, weil dem Ausländer gemäss Art. 15 Abs. 1 für die Dauer seines Wohnsitzes im Ausland die vorgesehenen Leistungen verweigert werden können¹¹⁷².

Primär im Hinblick auf die Grenzgänger¹¹⁷³ schloss die Schweiz mit allen ihren Nachbarstaaten Abkommen über die Arbeitslosenversicherung ab. Während sich das neueste Abkommen mit Deutschland auf alle Versicherungsgegenstände des AVIG bezieht, enthalten die älteren Abkommen mit den übrigen Nachbarstaaten nur Regelungen

gesichert werde. Mit der Erfüllung dieser Absicherung bis zum Ablauf der ordentlichen Geltungsdauer der Bewilligung ist das Aequivalent zur Beitragspflicht aber erbracht.

¹¹⁶⁹ Wird die Grenzgängerbewilligung nicht mehr verlängert, werden, da dem Wohnsitzstaat des Ausländers der weitere Versicherungsschutz obliegt, diesem die Kosten überwältzt, vgl. dazu Ricq S. 187 ff.

¹¹⁷⁰ SR 0.837.411 = BS 14, 99. Von unseren Nachbarstaaten sind dieser Vereinbarung nur Frankreich und Italien beigetreten, doch ist die Uebereinkunft auch auf die Staatsangehörigen anderer Nationen anwendbar, vgl. Avenati S. 296.

¹¹⁷¹ Art. 16; vgl. Hasler S. 234.

¹¹⁷² Art. 15 Abs. 2 des Uebereinkommens verweist für Grenzgänger auf den Abschluss von Sonderregelungen, vgl. Ricq S. 288/9.

¹¹⁷³ BBl. 1983 I 7; BBl. 1979 I 822.

bezüglich Arbeitslosen- und Kurzarbeitslosenentschädigung¹¹⁷⁴. In allen Abkommen ist vorgesehen, dass das Risiko der Ganzarbeitslosigkeit jeweils durch den Wohnsitzstaat¹¹⁷⁵, dasjenige der Teilarbeitslosigkeit hingegen durch den Erwerbsstaat getragen werde¹¹⁷⁶. Dabei ist nur dann von einer "Teilzeitarbeitslosigkeit" auszugehen, wenn der Grenzgänger in der Schweiz noch in einem fortdauernden Arbeitsverhältnis steht¹¹⁷⁷. Da die Beitragszahlungen ausschliesslich im Erwerbsstaat erfolgen, ist jeweils mit Ausnahme der schweizerisch-liechtensteinischen Regelung¹¹⁷⁸ die Entrichtung einer Pauschalsumme durch den Erwerbs- an den Wohnsitzstaat des Grenzgängers vorgesehen¹¹⁷⁹.

8.4. Die Familienzulagen

Die Familienzulagen¹¹⁸⁰ werden nur im Bereich der Landwirtschaft durch den Bund geregelt¹¹⁸¹, während ansonsten deren Aus-

¹¹⁷⁴ BBl. 1983 I 6. Bis zur Anpassung der Abkommen ist gegenüber Grenzgängern aus diesen Ländern bezüglich der darüber hinausgehenden Leistungen der schweizerischen Arbeitslosenversicherung allein auf das schweizerische Recht abzustellen.

¹¹⁷⁵ Dabei werden im Verhältnis mit Frankreich, Liechtenstein und Oesterreich, soweit notwendig, die Beitragszeiten in der Schweiz mitberücksichtigt, BBl. 1979 I 822; Avenati S. 297.

¹¹⁷⁶ Vgl. Art. 8 Abs. 1 und 4 D-Abk. 1982, wobei in Abs. 2 eine Sonderregel vorgesehen ist. Gemäss Ziff. 4 des Schlussprotokolls D-Abk. 1982 kann zusätzlich zur schweizerischen Beitragspflicht auch in Deutschland ein Beitrag zur Bundesanstalt für Arbeit erhoben werden; Art. 8 Abs. 1 und 2 F-Abk. 1978; Art. 7 FL-Abk. 1979; Art. 1 I-Abk. 1978, dazu BGE 112 V 143; Art. 7 A-Abk. 1978.

¹¹⁷⁷ BBl. 1979 I 820; BBl. 1983 I 4; vgl. demgegenüber den Begriff der "teilweisen Arbeitslosigkeit" in Art. 10 Abs. 2 AVIG.

¹¹⁷⁸ Art. 9 FL-Abk. 1979; vgl. Avenati S. 297.

¹¹⁷⁹ Vgl. insbesondere zu deren Berechnung BBl. 1979 I 823/4; Art. 11 D-Abk. 1982; Art. 9 F-Abk. 1978; Art. 1 Abs. 1 I-Abk. 1978; Art. 7 Abs. 2 A-Abk. 1978.

¹¹⁸⁰ Unter diesen Begriff fallen in der Regel Kinder- und Haushaltszulagen, möglich sind darüber hinaus aber auch noch andere Leistungen wie z. B. Geburts- oder Ausbildungszulagen, vgl. Avenati S. 293; BFA, Ratgeber, S. 20; Charles, Versicherungen, S. 53.

¹¹⁸¹ Vgl. das "BG über die Familienzulagen in der Landwirtschaft" vom 20. Juni 1952, FLG (SR 836.1 = AS 1952, 823).

gestaltung den Kantonen überlassen bleibt. Im Bundesrecht ist für die Kinderzulagen durch Art. 1 Abs. 3 FLG i. V. m. Art. 1 Abs. 3 FLV grundsätzlich die Gleichbehandlung der Grenzgänger verwirklicht worden, während dies bei den Haushaltszulagen, die weiterhin vom Wohnsitz in der Schweiz abhängig sind, nicht zutrifft. Alle Kantone haben zudem in unterschiedlicher Weise das System der Familienzulagen eingeführt¹¹⁸², in dem im wesentlichen vom Grundsatz der Gleichstellung von In- und Ausländern ausgegangen wird¹¹⁸³.

Aufgrund der eingeschränkten Bundesgesetzgebung wurden im allgemeinen in den mit dem Ausland abgeschlossenen Staatsverträgen jeweils nur die landwirtschaftlichen Familienzulagen miteinbezogen¹¹⁸⁴. Einzig für die Kantone Genf in der Beziehung zu Frankreich¹¹⁸⁵ sowie der Kantone Graubünden und St. Gallen gegenüber dem Fürstentum Liechtenstein¹¹⁸⁶ lässt sich eine völkerrechtliche Verpflichtung zur Gleichbehandlung herleiten.

Aufgrund von Art. 24 Abs. 2 FLG ist der Kanton Genf vom Anwendungsbereich des FLG jedoch ausgeklammert, vgl. Maurer, Bd. 2, S. 616. Die Bestrebungen, die Bundesregelung weiter auszudehnen, müssen heute als gescheitert bezeichnet werden, vgl. NZZ vom 5. September 1986, S. 35.

¹¹⁸² Vgl. Avenati S. 293; Koller, Zulagen, S. 52 f.; Maurer, Bd. 2, S. 614; Motta, SZS 1976, S. 254; Panayotopoulos S. 149; insbesondere die jährlich neu dargestellte Uebersicht über die kantonalrechtlichen Familienzulagen für ausländische Arbeitnehmer mit Kindern im Ausland in ZAK, z. B. ZAK 1986, 33.

¹¹⁸³ BBl. 1965 I 1570; Aeschbacher/Hegetschweiler N 11.5; Charles, Versicherungen, S. 53 f.; Motta, SZS 1976, S. 253 f.; Saxer S. 267. Dies gilt v. a. für das Kindergeld, während der Grenzgänger von anderen Familienzulagen zum Teil ausgeschlossen bleibt, vgl. Art. 4 Ziff. 1 F-Abk. 1959; dazu Hofstetter S. 176.

¹¹⁸⁴ Vgl. Art. 2 lit. d D-Abk. 1964; Art. 2 Abs. 2 lit. A, d F-Abk. 1975; Art. 1 Abs. 1 lit. a, iv I-Abk. 1962; Art. 2 Abs. 1 Ziff. 2 lit. d. A-Abk. 1967. Kritisch zum Einwand der Rücksichtnahme auf die kantonale Kompetenz Stiftung 1979 S. 16 (Wildhaber).

¹¹⁸⁵ Vgl. F-Abk. 1959, welches durch Art. 43 Abs. 3 F-Abk. 1975 ausdrücklich vorbehalten wird. Problematisch ist dabei, dass der Anwendungsbereich des Abkommens auf französische Grenzgänger beschränkt ist, die innerhalb der Grenzzone von 10 km wohnen. Vgl. allgemein zum Abkommen Avenati S. 293; Koller, Zulagen, S. 53 f.; Ricq S. 325 f.

¹¹⁸⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 2 FL-Abk. 1969; Avenati S. 294. In Art. 8 ist darüber hinaus vorgesehen, dass die schweizerische und liechtensteinische Regierung das Abkommen auf weitere Kantone ausdehnen können.

9. ANHANG

9.1. Statistische Zahlen über die Grenzgänger in der Schweiz

IM ERWERBSLEBEN STEHENDE AUSLAENDISCHE BEVOELKERUNG NACH ARBEITSKANTONEN

GRENZGAENGER									ENDE AUGUST
ARBEITS KANTON	1978	1979	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986
CH	89440	91852	100404	108988	111509	105479	106049	111631	119755
ZH	1431	1526	1711	1792	2011	1707	1612	1634	1864
BE	2158	387	451	576	536	464	447	489	542
LU	-	-	-	-	-	-	-	-	-
UR	-	-	-	-	-	-	-	-	-
SZ	-	-	-	-	-	-	-	-	-
OW	-	-	-	-	-	-	-	-	-
NW	-	-	-	-	-	-	-	-	-
GL	-	-	-	-	-	-	-	-	-
ZG	-	-	-	-	-	-	-	-	-
FR	-	-	-	-	-	-	-	-	-
SO	544	557	665	662	645	593	645	719	820
BS	15036	15462	16904	18191	18543	17308	17108	17048	17839
BL	4208	4423	4876	5474	5624	5333	5394	5622	6112
SH	2660	2617	2757	3021	3059	2852	2757	2868	3108
AR	36	58	52	74	62	65	74	97	167
AI	1	2	3	4	7	7	8	4	7
SG	4520	4900	5811	6040	6189	6009	6025	6686	6822
GR	1365	1347	1579	1506	1778	1756	1826	1766	1940
AG	3928	4195	5207	6005	6247	5656	5375	5798	6560
TG	1416	1483	1603	1750	1891	1771	1896	2211	2861
TI	28222	28330	31429	32456	32420	29734	30412	32138	33871
VD	1984	2109	2666	3462	3929	3907	4342	5349	6316
VS	1168	1278	1559	1803	1721	1714	1625	1653	1754
NE	1401	1306	1627	1951	1862	1612	1499	1639	1995
GE	19362	20298	19882	22066	23202	23480	23664	24442	25556
JU	.	1574	1622	2155	1783	1511	1340	1468	1621

9.2. Uebersicht über die wesentlichen Ausführungserlasse der Grenzkantone

Appenzell Ausserrhoden

Die Regelungen finden sich in der Ausserrhodischen Gesetzessammlung (=GS):

- "Fremdenpolizeiverordnung" vom 4. Juli 1935 (GS Nr. 122.21)
- "Verordnung zum Bundesratsbeschluss vom 30. Dezember 1955 über die Gebührenordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer" vom 9. April 1956 (GS Nr. 122.22)

Appenzell Innerrhoden

Die Regelungen finden sich in der Innerrhodischen Gesetzessammlung (=GS):

- "Standeskommissionsbeschluss betreffend Erteilung von Bewilligungen für erwerbstätige Ausländer" vom 22. Oktober 1973 (GS Nr. 861)

Aargau

Die Regelungen finden sich in der Aargauischen Gesetzessammlung (=GS):

- "Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer" vom 29. Dezember 1966 (GS Bd. 6, S. 557 ff.)
- "Verordnung über die Regelung des kleinen Grenzverkehrs im Abschnitt des Kantons Aargau" vom 27. August 1970 (GS Bd. 7, S. 472 ff.)
- "Verordnung zum Bundesratsbeschluss über die Begrenzung der Zahl der erwerbstätigen Ausländer und zum Bundesratsbeschluss über die Meldung wegziehender Ausländer" vom 27. August 1973 (GS Bd. 8, S. 589 ff.)

Basel-Land

Die Regelungen finden sich in der systematischen Gesetzessammlung des Kantons Basel-Land (=GS):

- "Verordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer" vom 23. Februar 1976 (GS Nr. 112.1)
- "Regierungsratsbeschluss betreffend die Regelung des Kleingrenzverkehrs gegenüber Deutschland und Frankreich im Abschnitt des Kantons Basel-Landschaft" vom 16. Dezember 1947 (GS Nr. 113.12, jedoch nur noch gegenüber Frankreich anwendbar.)
- "Regierungsratsbeschluss betreffend die Regelung des Kleingrenzverkehrs gegenüber Deutschland im Abschnitt des Kantons Basel-Landschaft" vom 29. September 1970 (GS Nr. 113.13)
- "Regierungsratsverordnung über die Gebühren für Aufenthalts-, Niederlassungs- und Arbeitsbewilligungen von Ausländern" vom 5. Juli 1983 (GS Nr. 112.11)

Basel-Stadt

Die Regelungen finden sich in der systematischen Gesetzessammlung des Kantons Basel-Stadt (=GS):

- "Gesetz betreffend das Aufenthaltswesen" vom 22. Oktober 1936 (GS Nr. 122.200)
- "Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer" vom 12. Juli 1983 (GS Nr. 122.700)
- "Gebührenverordnung für den kleinen Grenzverkehr" vom 2. Februar 1982 (GS Nr. 519.700)

Bern

Die Regelungen finden sich in der Bernischen Systematischen Gesetzessammlung (=GS):

- "Verordnung über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer" vom 19. Juli 1972 (GS Nr. 122.21)
- "Verordnung über die Meldung wegziehender Ausländer" vom 3. März 1971 (GS Nr. 122.22)
- "Verordnung über die Kautionen der Ausländer" vom 21. Januar 1958 (GS Nr. 122.25)
- "Verordnung über die Gebühren in Fremdenpolizeisachen" vom 29. Juni 1983 (GS Nr. 122.26)
- "Verordnung über die Zulassung ausländischer Erwerbstätiger" vom 3. März 1982 (GS Nr. 122.27)

Genf

Die Regelungen finden sich in der "Recueil officiel systématique" (=RS):

- "Loi d'application dans le canton de Genève de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers, du 26 mars 1931" vom 21. Februar 1934 (RS F2.2)
- "Règlement d'application de l'ordonnance du Conseil fédéral limitant le nombre des étrangers qui exercent une activité lucrative" vom 2. Februar 1977 (RS J4.2,5)
- "Règlement d'application des dispositions légales sur le séjour et l'établissement des étrangers" vom 27. Oktober 1950 (RS F2.3)
- "Règlement concernant les conditions de l'octroi des autorisations de séjour aux travailleurs étrangers" vom 29. Juni 1954 (RS F2.7)
- "Règlement concernant les recours en matière de police des étrangers" vom 24. Oktober 1958 (RS F2.6)

Graubünden

Die Regelungen finden sich im Bündnerischen Rechtsbuch (=BR):

- "Ausführungsbestimmungen zum Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer" vom 27. Mai 1947 (BR Nr. 618.100)
- "Verordnung über die Zulassung ausländischer Arbeitskräfte" vom 30. November 1981 (BR Nr. 618.200)
- "Gebührentarif für den kleinen Grenzverkehr" vom 10. Juni 1983 (BR Nr. 618.160)
- "Gebührentarif zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer" vom 30. Mai 1983 (BR Nr. 618.150)
- "Weisungen über die fremdenpolizeilichen Sicherheitsleistungen (Kautionen)" vom 30. Dezember 1949 (BR Nr. 618.300)

Jura

Die Regelungen finden sich in der "Recueil systématique du droit jurassien" (=RS):

- "Ordonnance concernant le séjour et l'établissement des étrangers" vom 6. Dezember 1978 (RS Nr. 142.21)
- "Ordonnance concernant du départ des étrangers" vom 6. Dezember 1978 (RS Nr. 142.22)
- "Ordonnance concernant la garantie exigée des étrangers" vom 6. Dezember 1978 (RS Nr. 142.25)

Neuenburg

Die Regelungen finden sich in der "Recueil de la législation neuchâteloise" (=R):

- "Arrêté concernant l'application de la législation sur le séjour et l'établissement des étrangers" vom 10. Oktober 1967 (R Bd. 3, S. 840 ff.)
- "Arrêté concernant l'utilisation de la main-d'oeuvre étrangère dans le canton de Neuchâtel" vom 10. April 1962 (R Bd. 3, S. 113 ff.)
- "Instructions No. 1 à l'usage des organes cantonaux compétents en matière de main-d'oeuvre étrangère, relatives à l'examen des demandes d'autorisation de séjour concernant des étrangers qui exercent une activité lucrative" vom 5. Mai 1962 (R Bd. 3, S. 122 f.)
- "Instructions No. 3 à l'usage des organes cantonaux compétents en matière de main-d'oeuvre étrangère, relatives à l'examen des demandes d'autorisation de séjour concernant des étrangers qui exercent une activité lucrative" vom 13. März 1964 (R Bd. 3, S. 402 f.)
- "Arrêté concernant les taxes perçues en application de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers" vom 4. Juli 1983 (R Bd. 9, S. 322 ff.)

St. Gallen

Die Regelungen finden sich in der Gesetzessammlung neue Reihe (=GS):

- "Vollzugsverordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer" vom 7. März 1952 (GS Nr. 453.51)
- "Verordnung über die Erteilung von Bewilligungen für erwerbstätige Ausländer" vom 20. August 1974 (GS Nr. 453.55)
- "Verordnung über die Gebühren zur Bundesgesetzgebung über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer" vom 9. August 1983 (GS Nr. 453.7)

Schaffhausen

Die Regelungen finden sich im Schaffhauser Rechtsbuch (=SR):

- "Kantonale Fremdenpolizeiverordnung" vom 22. März 1956 (SR Nr. 308)
- "Beschluss des Regierungsrates des Kantons Schaffhausen betreffend die Begrenzung der Zahl der erwerbstätigen Ausländer" vom 13. August 1974 (RS Nr. 308 c)
- "Kantonale Gebührenverordnung ANAG" vom 14. Juni 1983 (SR Nr. 308 a)
- "Verordnung des Regierungsrates des Kantons Schaffhausen über die Gebühren für Bewilligungen zum Grenzübertritt von Personen im kleinen Grenzverkehr" vom 14. Juni 1983 (SR Nr. 308 b)

- "Verordnung des Regierungsrates des Kantons Schaffhausen über das Zentrale Ausländerregister" vom 7. Dezember 1982 (SR Nr. 308 d)

Solothurn

Die Regelungen finden sich in der Solothurnischen Gesetzessammlung (=GS):

- "Vereinbarung zwischen Frankreich und dem Kanton Solothurn über die Arbeitskräfte im kleinen Grenzverkehr" vom 9. Dezember 1959 (GS Nr. 823.27)
- "Verordnung über die Begrenzung der Zahl der erwerbstätigen Ausländer" vom 29. November 1983 (GS Nr. 823.221)
- "Verordnung über den Stellenwechsel ausländischer Arbeitskräfte" vom 11. Juni 1948 (GS Nr. 823.25)
- "Verordnung über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer" vom 22. März 1974 (GS Nr. 512.151)
- "Kantonaler Gebührentarif zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer" vom 16. Juni 1983 (GS Nr. 615.155.6)
- "Gebühr für die im kleinen Grenzverkehr erteilten Arbeitsbewilligungen" vom 1. Juli 1957 (GS Nr. 615.158.5)

Tessin

Die Regelungen finden sich in der "Raccolta delle leggi" (=RL):

- "Decreto esecutivo che disciplina l'assunzione e l'impiego di lavoratori stranieri non domiciliati" vom 11. Mai 1948 (RL Nr. 8)
- "Decreto esecutivo che limita l'effettivo degli stranieri esercitanti un'attività lucrativa" vom 5. März 1986 (RL Nr. 8 a)
- "Decreto esecutivo concernente le tasse cantonali di polizia degli stranieri" vom 22. Juni 1983 (RL Nr. 9)
- "Decreto esecutivo concernente le tasse per l'esame di richieste di permessi per manodopera estera non domiciliata" vom 13. November 1981 (RL Nr. 10)
- "Decreto esecutivo che designa le autorità competenti in materia di polizia degli stranieri" vom 12. November 1985 (RL Nr. 8c)

Thurgau

Die Regelungen finden sich im Thurgauer Rechtsbuch (=RB):

- "Fremdenpolizeiverordnung für den Kanton Thurgau" vom 25. März 1935 (RB Nr. 142.21)
- "Weisung des Justiz-, Polizei- und Fürsorgedepartementes des Kantons Thurgau betreffend kleiner Grenzverkehr mit Deutschland" vom 3. November 1983 (RB Nr. 142.61)
- "Weisungen des Justiz-, Polizei- und Fürsorgedepartementes des Kantons Thurgau betreffend kleiner Grenzverkehr mit Oesterreich" vom 3. November 1983 (RB Nr. 142.62)
- "Verordnung des Regierungsrates über die Begrenzung der Zahl der erwerbstätigen Ausländer" vom 31. Oktober 1978 (RB Nr. 823.21)

Vaud

Die Regelungen finden sich in der "Recueil systématique de la législation vaudois" (=RS, 2. A. 1981):

- "Loi d'application dans le canton de Vaud de la loi fédérale du

- 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers" vom 29. August 1934 (RS Nr. 1.2J)
- "Règlement fixant la procédure de la Commission cantonale de recours en matière de police des étrangers" vom 14. Dezember 1979 (RS Nr. 1.2L)
 - "Arrêté fixant les taxes de police des étrangers" vom 5. März 1976 (RS Nr. 1.2K)

Wallis

Die Regelungen finden sich in der Gesetzessammlung des Kantons Wallis (=GS):

- "Dekret betreffend die Anwendung des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer" vom 1. Februar 1967 (GS Nr. 502)
- "Beschluss betreffend die Aufenthaltsbedingungen für ausländische Arbeitskräfte und deren Familien" vom 5. Juli 1965 (GS Nr. 507)
- "Beschluss betreffend Zuteilung ausländischer Arbeitskräfte" vom 21. April 1982 (GS Nr. 508)
- "Beschluss über die Festsetzung der fremdenpolizeilichen Gebühren" vom 21. November 1967 (GS Nr. 502 a)

Zürich

Die Regelungen finden sich in der Zürcherischen Gesetzessammlung (=GS):

- "Verordnung über die Begrenzung der Zahl der erwerbstätigen Ausländer im Kanton Zürich" vom 17. Dezember 1980 (GS Nr. 823.21)
- "Gesetz betreffend die Organisation und Geschäftsordnung des Regierungsrates und seiner Direktionen" vom 26. Februar 1899 (GS Nr. 172.1, § 24, § 24a)

9.3. Besteuerungsabkommen zwischen Genf und Frankreich

ACCORD
entre
le Conseil fédéral suisse
et le Gouvernement de la République française
sur la compensation financière relative
aux frontaliers travaillant à Genève

Le Conseil fédéral suisse,
agissant
au nom de la République et canton de Genève,
et
le Gouvernement de la République française,

considérant les charges publiques que certaines communes des départements de l'Ain et de la Haute-Savoie supportent à raison de leurs habitants travaillant à Genève;

considérant l'importance des ressources que, dans les circonstances présentes, ces travailleurs apportent, sur divers plans, à l'économie genevoise;

considérant la solidarité croissante qui existe entre l'agglomération genevoise et les collectivités locales françaises concernées;

considérant qu'il y a lieu, en contrepartie, pour la République et canton de Genève, de verser une compensation financière,

sont convenus de ce qui suit:

Article premier

a) la République et canton de Genève verse chaque année aux collectivités locales françaises, au titre de leurs habitants travaillant à Genève, une compensation financière;

b) le montant de cette compensation est fonction de la masse totale des salaires bruts destinés à ces habitants et déclarés chaque année par les employeurs genevois;

c) ce montant est fixé à 3,50 % de cette masse salariale brute;

d) la compensation est libellée en francs suisses et fait l'objet d'un versement unique au cours du premier semestre de chaque année;

e) le montant de ce versement correspond à la compensation due au titre du deuxième semestre de l'année précédente et à la compensation estimée pour le premier semestre de l'année en cours. Une régularisation intervient l'année suivante pour tenir compte de la différence entre la compensation due au titre du premier semestre de l'année précédente et le montant effectivement versé;

f) le premier versement, correspondant à la compensation due au titre du premier semestre 1973, sera effectué au cours du deuxième semestre 1973. Au cas où l'accord deviendrait caduc, le dernier versement interviendrait au cours du premier semestre de l'année suivant l'expiration de l'accord. Il serait égal à la compensation due au titre du deuxième semestre de l'année précédente.

Article 2

La compensation financière sera versée, par les organes financiers compétents de la République et canton de Genève, au compte de l'Agence comptable du trésor français auprès du siège de la Banque de France à Paris. L'Agence comptable imputera cette recette au "compte d'imputation provisoire de recettes au profit des collectivités locales", sous la rubrique "recettes diverses" et transférera cette somme aux trésoriers-payeurs généraux des départements de l'Ain et de la Haute-Savoie, qui eux-mêmes créditeront les collectivités locales bénéficiaires.

Article 3

Une réunion sera organisée une fois l'an par entente entre les préfets de l'Ain et de la Haute-Savoie, d'une part, et le Conseil d'Etat de la République et canton de Genève, d'autre part.

A cette occasion, les préfets feront connaître l'utilisation des crédits mis à la disposition des deux départements en application du présent accord.

Article 4

Le présent accord est conclu pour une durée de cinq ans renouvelable par tacite reconduction d'année en année sauf dénonciation par voie diplomatique avec un préavis de six mois avant la fin de chaque année civile.

Il entrera en vigueur dès l'échange des notifications constatant que les procédures constitutionnelles requises ont été de part et d'autre accomplies, et prendra effet au premier janvier 1973.

Fait à Genève, le 29 janvier 1973,
en deux exemplaires originaux, en langue française.

(Unterschriften)

9.4. Besteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und Frankreich

Vereinbarung über die Besteuerung der Grenzgänger¹⁾

(Vom 18. Oktober 1935)

Der Schweizerische Bundesrat, im Namen der Kantone Bern und Neuenburg, und der Präsident der Französischen Republik,

im Bestreben, die Doppelbesteuerung zu vermeiden, die sich für die Grenzgänger aus der Nichtübereinstimmung der gesetzlichen Bestimmungen der beiden Länder auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen ergeben kann,

in Anbetracht dessen, dass diese Doppelbesteuerung, was die Kantone Solothurn, Basel-Stadt und Basel-Landschaft anbelangt, auf Grund der Schriftenwechsel vom 29. August und 7. September 1910, 3. und 10. Oktober 1910 und 2. und 16. August 1911 zwischen den Steuerverwaltungen der genannten Kantone und dem ehemaligen Ministerium von Elsass-Lothringen schon beseitigt ist²⁾,

in der Absicht, die Vorteile dieser Vereinbarungen auf die Grenzgänger der andern Abschnitte der schweizerisch-französischen Grenze auszudehnen,

haben beschlossen, zu diesem Zwecke eine Vereinbarung zu schliessen, und durch ihre unterzeichneten Bevollmächtigten folgendes vereinbart:

Artikel 1

Die Angestellten und Arbeiter, die in einem der an dieser Vereinbarung beteiligten schweizerischen Kantone wohnen und in Frankreich ihrem Erwerb nachgehen, sind für das Entgelt, das sie für ihre Tätigkeit in Frankreich beziehen, von den französischen Einkommenssteuern befreit.

Umgekehrt sind die Angestellten und Arbeiter, die in Frankreich wohnen und in einem der an der Vereinbarung beteiligten schweizerischen Kantone ihrem Erwerb nachgehen, für das Entgelt, das sie für ihre Tätigkeit in diesen Kantonen beziehen, von den kantonalen und kommunalen Einkommenssteuern befreit³⁾.

¹⁾ Übersetzung aus dem französischen Originaltext.

²⁾ Siehe Seite 28.

³⁾ Die Vereinbarung und die darin erwähnten drei Briefwechsel (s. S. 28 f.) finden sinngemäss auch auf die in den beteiligten Kantonen veranlagte direkte Bundessteuer Anwendung.

Artikel 2

Andere schweizerische Kantone, die an Frankreich angrenzen, können durch Vermittlung des Bundesrates dieser Vereinbarung beitreten¹⁾.

Artikel 3

Diese Vereinbarung soll sobald als möglich ratifiziert und die Ratifikationsurkunden sollen in Paris ausgetauscht werden.

Sie bleibt in Kraft, solange sie nicht drei Monate vor dem Ende eines Kalenderjahres gekündigt wird. Sie kann entweder für einen oder für beide Kantone gekündigt werden.

Zu Urkund dessen haben die Bevollmächtigten diese Vereinbarung unterzeichnet.

Ausgefertigt in doppelter Urschrift, in Paris, am 18. Oktober 1935.

(Es folgen die Unterschriften.)

Protokoll

Bei der Unterzeichnung dieser Vereinbarung haben die unterzeichneten, hiezu besonders ermächtigten Bevollmächtigten erklärt, dass ihre Regierungen vom 1. November 1935 hinweg jede Erhebung von Steuern, die unter die Bestimmungen dieser Vereinbarung fallen, vorläufig aussetzen werden.

Ausgefertigt, in doppelter Urschrift, in Paris, am 18. Oktober 1935.

(Es folgen die Unterschriften.)

¹⁾ Der Vereinbarung sind nachträglich, mit Wirkung ab 1. November 1935, die Kantone Waadt (am 18. Oktober 1935) und Wallis (am 29. Oktober 1935) beigetreten. Der Kanton Genf ist ihr nicht beigetreten.

**Briefwechsel zwischen dem Kanton Basel-Stadt und Elsass-Lothringen über die
Besteuerung des Einkommens der Arbeiter und Angestellten sowie der Ärzte**

(Vom 29. August/8. September 1910)

Am 29. August 1910 richtete der Direktor der direkten Steuern in Elsass-Lothringen an die Steuerverwaltung des Kantons Basel-Stadt folgendes Schreiben:

Im Nachgange zu meinem Schreiben vom 28. Juli 1910 teile ich ergebenst mit dass das Kaiserliche Ministerium für Elsass-Lothringen nunmehr bestimmt hat, dass in der Schweiz wohnende Personen, welche in Elsass-Lothringen als Angestellte oder Arbeiter in Beschäftigung stehen oder als Arzt die Praxis ausüben, wegen ihres Einkommens aus ihrer Beschäftigung in Elsass-Lothringen zu der Lohn- und Besoldungssteuer, bzw. zur Gewerbesteuer nicht zu veranlassen sind, *sofern und solange* die Schweiz auch die in Elsass-Lothringen wohnenden, aber in der Schweiz in Beschäftigung stehenden oder die Praxis ausübenden Personen nicht zu Abgaben für ihr Einkommen aus der Beschäftigung in der Schweiz heranzieht. Ich bitte, mir eine Äusserung der dortigen zuständigen Behörde darüber zukommen zu lassen, dass eine Besteuerung der im vorstehenden Ministerialerlass am Schlusse genannten, in Elsass-Lothringen wohnenden Personen im Kanton Basel-Stadt nicht stattfindet und nicht in Aussicht genommen ist. Sobald diese Erklärung, durch welche die vom Kaiserlichen Ministerium verlangte Gegenseitigkeit verbürgt wird, in meinen Händen sein wird, werde ich die vorgekommenen Veranlagungen der im Kanton Basel-Stadt wohnenden Personen zur Lohn- und Besoldungssteuer für 1910 in Elsass-Lothringen rückgängig machen und Verfügung treffen, dass diese Personen in Zukunft in Elsass-Lothringen unbesteuert bleiben.

Der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt antwortete dem Direktor der direkten Steuern in Elsass-Lothringen am 8. September 1910 mit folgendem Schreiben:

Der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt erklärt andurch gegenüber dem Direktor der direkten Steuern in Elsass-Lothringen, dass nach dem geltenden Gesetze des Kantons Basel-Stadt über die direkten Steuern die in Elsass-Lothringen wohnenden, aber in Basel-Stadt in Beschäftigung stehenden oder ihre Praxis ausübenden Angestellten oder Arbeiter oder Ärzte zu Steuern für ihr Einkommen aus der Beschäftigung im Kanton Basel-Stadt nicht herangezogen werden und dass unter Vorbehalt des von den Steuerbehörden in Elsass-Lothringen gewährten Gegenrechts eine Änderung des geltenden Gesetzes in bezug auf diesen Grundsatz nicht in Aussicht steht noch beabsichtigt wird.

**Briefwechsel zwischen dem Kanton Basel-Land und Elsass-Lothringen über die
Besteuerung des Einkommens der Arbeiter und Angestellten sowie der Ärzte**

(Vom 3./10. Oktober 1910)

Am 3. und 10. Oktober 1910 haben die Finanzdirektion des Kantons Basel-Land und der Direktor der direkten Steuern in Elsass-Lothringen Gegenrechtserklärungen abgegeben, über die das Protokoll des Regierungsrats des Kantons Basel-Land vom 15. Oktober 1910 folgendes ausführt:

Die Finanzdirektion gibt Kenntnis von einer auf ihre Verwendung hin eingegangenen Erklärung des Direktors der direkten Steuern in Elsass-Lothringen, wonach für die Dauer der zugesicherten Gegenseitigkeit zwecks Vermeidung von Doppelbe-

steuerung Personen, die zwar in der Schweiz wohnen, jedoch in Elsass-Lothringen als Angestellte oder Arbeiter in Beschäftigung stehen oder als Ärzte die Praxis ausüben, dortseits zu der Gewerbesteuer nicht sollen herangezogen werden.

Briefwechsel zwischen dem Kanton Solothurn und Elsass-Lothringen über die Besteuerung des Einkommens der Arbeiter und Angestellten sowie der Ärzte und Tierärzte

(Vom 2./16. August 1911)

Am 2. und 16. August 1911 haben der Regierungsrat des Kantons Solothurn und der Direktor der direkten Steuern in Elsass-Lothringen Gegenrechtserklärungen abgegeben. Der Regierungsrat des Kantons Solothurn hat am 16. August 1911 folgendes beschlossen:

Auf Anfrage des hiesigen Departements des Innern teilte der Direktor der direkten Steuern für Elsass-Lothringen in Strassburg unterm 2. August 1911 mit, dass laut Erlass des kaiserlichen Ministeriums für Elsass-Lothringen in der Schweiz wohnende Personen, die in Elsass-Lothringen ihren Beruf ausüben, wegen ihres Einkommens aus ihrer Beschäftigung in Elsass-Lothringen zu der Lohn- und Besoldungs- oder Gewerbesteuer nicht zu veranlassen sind, sofern und solange die Schweiz Gegenrecht übt.

Im Sinne einer solchen *Gegenrechtszusicherung* hat der Regierungsrat des Kantons Solothurn unterm 16. August 1911 die *Erklärung* abgegeben, dass gemäss den hier geltenden allgemeinen Steuergrundsätzen, den Steuerbestimmungen des Kantons und der Gemeinden und nach konstanter Praxis des Regierungsrates als oberster kantonalen Instanz in Steuersachen die in *Elsass-Lothringen wohnenden Personen*, die im *Kanton Solothurn* als Angestellte oder Arbeiter in *Beschäftigung* stehen oder als Arzt oder Tierarzt ihren *Beruf* ausüben, für ihr Einkommen aus dieser Beschäftigung im Kanton Solothurn *nicht besteuert* werden und dass eine solche Besteuerung auch nicht in Aussicht steht.

Notenwechsel zwischen der Schweiz und Frankreich über die Besteuerung des Erwerbseinkommens der Grenzgänger

(Vom 6. Juni/22. August 1921)

Auf Anfrage der Schweizerischen Gesandtschaft in Paris vom 6. Juni 1921 hat das französische Aussenministerium am 22. August 1921 bestätigt, dass die Briefwechsel zwischen Elsass-Lothringen und den Kantonen Basel-Stadt, Basel-Land und Solothurn nach wie vor respektiert werden.

Notenwechsel zwischen der Schweiz und Frankreich über die Befreiung der in den Kantonen Basel-Stadt, Basel-Land und Solothurn wohnenden Grenzgänger von der französischen Lohnsteuer

(Vom 21. Dezember 1934/22. Februar 1935)

In Beantwortung einer Note der Schweizerischen Gesandtschaft in Paris vom 21. Dezember 1934 bestätigte das französische Aussenministerium am 22. Februar 1935, dass auf Grund der Briefwechsel zwischen Elsass-Lothringen und den Kantonen Basel-Stadt, Basel-Land und Solothurn die französische Zedularsteuer von dem Einkommen nicht an der Quelle bezogen wird, das die in den Kantonen Basel-Stadt, Basel-Land und Solothurn wohnenden Personen, welche in Frankreich als Angestellte oder Arbeiter in Beschäftigung stehen oder als Arzt die Praxis ausüben, aus ihrer in Frankreich ausgeübten Tätigkeit beziehen.

9.5. Besteuerungsabkommen zwischen Graubünden und dem Fürstentum
Liechtenstein

BRIEFWECHSEL

zwischen

dem Kanton Graubünden und dem Fürstentum Liechtenstein
betreffend die Besteuerung des Arbeitserwerbs
von Grenzgängern

(Vom 26. August/9. Oktober 1925)

I.

Finanz- und Militärdepartement
des Kantons Graubünden

Chur, den 26. August 1925

An die
Fürstlich Liechtensteinische
Gesandtschaft
Bern

Sehr geehrter Herr Minister,

Wir beehren uns, Ihnen zur Kenntnis zu bringen, dass wir Ihre Zuschrift vom 25. Juni abhin betr. Abschluss eines Uebereinkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung den in der Hauptsache in Frage kommenden Gemeinden Maienfeld und Igis-Landquart zur Vernehmlassung zugestellt haben. Der Eingang dieser Antworten hat sich stark verzögert, so dass wir erst heute in der Lage sind, Ihnen unseren Bericht zukommen zu lassen.

Die Gemeinde Maienfeld berichtet, sie sei nach eingehender Prüfung zum Schlusse gekommen, dem bisherigen Steuermodus den Vorzug zu geben.

Die Gemeinde Igis gibt folgenden Bericht ab: "Unsere Praxis in der Besteuerung von Arbeitern, deren Familien ausserhalb der Gemeinde niedergelassen sind, geht dahin, dass alle diejenigen, die nur am Samstag heim gehen, die ganze Woche aber in Igis arbeiten und auch da wohnen, ihren Erwerb hier versteuern müssen. Auch die italienischen Arbeiter müssen hier Erwerbssteuern bezahlen. Wenn wir nun von den Liechtensteinern, welche die ganze Woche hier sind und ihr Einkommen in Igis haben, keine Erwerbssteuer erheben würden, hätten wir in unserer Steuerpraxis eine Ungleichheit, die wir lieber vermeiden wollen. Wir können dem Wohnsitzprinzip nicht zustimmen. Diejenigen Liechtensteiner, die alle Abende heimgehen, mögen ihre Steuern am Wohnsitz abtragen. Die andern aber sollen ihre Steuern dort bezahlen, wo sie die ganze Woche wohnen."

Aus diesen beiden Antworten können Sie ersehen, dass der Abschluss des von Ihnen in Vorschlag gebrachten Uebereinkommens

gegen den Willen der in erster Linie interessierten Gemeinden erfolgen müsste. Hierzu wird sich die bündnerische Regierung mit Rücksicht auf den autonomen Charakter unserer Gemeinden kaum entschliessen können.

Abgesehen davon fällt in Betracht, dass die von der Gemeinde Igis ausgeübte Praxis auch unserer interkommunalen Steuerpraxis entspricht und es nicht leicht möglich wäre, für das Verhältnis unserer Grenzgemeinden zu dem Nachbarstaate Liechtenstein ein anderes Steuerrecht zu schaffen. Unsere kantonale Rekurspraxis weicht nach dieser Richtung in bewusster Weise von der bundesgerichtlichen Praxis in interkantonalen Steuerkonflikten ab, weil letztere für den Kanton den grössten Schaden zur Folge hat, indem der bei uns von auswärts domizilierten Hotelangestellten erzielte Erwerb für den kantonalen Fiskus nicht zu erfassen ist.

Es will uns scheinen, dass die von der Gemeinde Igis ausgeübte und von der Kantonsregierung gebilligte Praxis, wonach der unselbständige Erwerb eines Arbeiters, der jeden Abend zu seiner Familie zurückkehrt, an seinem Domizil, der Erwerb des unselbständigen Erwerbenden aber, der nur jede Woche einmal zu seiner Familie heimkehrt, am Orte des Erwerbes besteuert wird, den Grundsätzen der Billigkeit durchaus gerecht wird, und wir möchten Ihnen den Vorschlag bringen, allenfalls auf dieser Basis eine Verständigung zu suchen.

Genehmigen Sie, sehr geehrter Herr Minister, die Versicherung unserer vorzüglichen Hochachtung.

(Unterschriften)

II.

Fürstlich Liechtensteinische
Gesandtschaft in Bern
849

Bern, den 9. Oktober 1925

An das
Finanz- und Militärdepartement
des Kantons Graubünden
Chur

Sehr geehrter Herr Regierungsrat,

In Ihrem geschätzten Schreiben vom 26. August teilten Sie uns mit, dass die Regierung des Kantons Graubünden sich kaum entschliessen könnte, ein Doppelbesteuerungsübereinkommen auf der Basis des Wohnsitzprinzips abzuschliessen. Dagegen machten Sie uns den Gegenvorschlag, dass der unselbständige Erwerb eines Arbeiters, der jeden Abend zu seiner Familie zurückkehrt, an seinem Domizil, der Erwerb des unselbständig Erwerbenden aber, der nur jede Woche einmal zu seiner Familie heimkehrt, am Orte des Erwerbes besteuert werden soll.

Die fürstliche Regierung hat mich nun ermächtigt, Ihnen

mitzuteilen, dass sie mit dieser Lösung einverstanden ist. Sie wird demgemäss die liechtensteinischen Gemeindebehörden in dem Sinne instruieren, dass der unselbständige Erwerb eines Bündner Arbeiters, der jeden Abend zu seiner Familie nach Graubünden zurückkehrt, in Liechtenstein nicht zur Steuer herangezogen wird, während in den übrigen Fällen die Besteuerung am Arbeitsorte erfolgt. Ich wäre Ihnen dankbar, wenn Sie in entsprechender Weise die in Betracht fallenden bündnerischen Gemeindebehörden und andern Behörden veranlassen wollten, dass der unselbständige Erwerb eines Liechtensteiner Arbeiters, der jeden Abend zu seiner Familie in Liechtenstein zurückkehrt, in Graubünden nicht zur Steuer herangezogen werden darf, so dass auch der Steuerabzug durch die Arbeitgeber zu entfallen hätte.

Sofern Sie eine besondere schriftliche Vereinbarung in diesem Sinne für nötig halten, ersuche ich Sie um eine bezügliche Mitteilung. Andernfalls darf ich wohl annehmen, dass diese Vereinbarung hierdurch rechtskräftig und ab 1. November dieses Jahres zur Anwendung gelangen wird.

Genehmigen Sie, Herr Regierungsrat, die Versicherung meiner ausgezeichneten Hochachtung.

(Unterschrift)

Am 20. März 1959 wurde ich in Zürich geboren. Hier besuchte ich auch die Primar- und Sekundarschule. 1974 trat ich in die Kantonsschule Freudenberg (heute Kantonsschule Enge) ein, wo ich 1978 das Handelsdiplom, 1979 die Maturitätsprüfungen (Typus E) bestand. Noch im selben Herbst immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. 1984 erwarb ich das Lizentiat. Von anfangs September 1984 bis Ende April 1986 bzw. Ende August 1986 war ich Assistent von Herrn Prof. W. Ott bzw. Herrn Prof. D. Thürrer, und seit Anfang September 1986 bin ich am Bezirksgericht Zürich tätig. Während dieser Zeit verfasste ich auch die vorliegende Arbeit. Am 3. Juni 1987 wurde ich zum Doktor der Rechtswissenschaft promoviert.

